كامل [illegible] مسطرته ١٩ سطرا

٢٧٠٦

٦٥٨٧٤

الجزء الثالث من شرح

كنز الدقائق للعلامة

الزيلعي رحمه الله

تعالى المسمى

تبيين الحقائق

وقفه لله تعالى على طلبة العلم الفقير عبد الرحمن الصحاوي

ومقره برواق السادة الحنفية الجديدة ... الحنفي عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

كتاب البيوع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او
ادخله فيه وفي الخبر قال عليه الصلاة والسلام لا يخطب
الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه لان المنهي عنه
الشرى لا البيع قال الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه ۰ والشيب ليس لبايعه ابجاد ۰

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله
هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي
اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه
مقيدا به ثبت بالكتاب والسنة اما الكتاب فما تلونا
وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما
روي انه عليه الصلوة والسلام باع قدحا وحلسا وكانوا
يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجمعت
على جوازه فانه احد اسباب الملك قال رحمه الله ويلزم
بالايجاب والقبول وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس
لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولان العقد
تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعد
لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه
كسائر العقود ولنا ما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا

اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذا
في عمل آخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع
حقيقة وما بعده او قبله مجاز كسائر اسماء الفاعل مثل المتخاصمين
والمتضاربين على ما تحصل الفرقة بقبوله هذا تاويل محمد
وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول
قال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة
للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام
ولا نظير له في الشرع فكان كما ذكرناه لكونه مرادا وما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يبيع ويفارق خطوات
تاويل منه وقول الصحابي عندنا لا يكون حجة ويجوز ان يكون
فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع
الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفة عليه لان مذهبه
كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال
المبتاع اي اذا اهلك بعدها وقال عليه الصلوة والسلام
من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد واما قوله
اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة فيه حالة
البيع ولانه يحتمل انه عليه الصلوة والسلام سماهما متبايعين
لقربهما من البيع كما سمي العصير خمرا واسماعيل عليه الصلوة
والسلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له خيار
للزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في
وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه

ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل بالدين للكفيل
قبل ان يقضي او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث
لايكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به
على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تمام فلا
يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ على التحقيق كبعت
واشتريت اورضيت اواعطيتكه اوخذه بكذا والارسال
والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداتهما وليس له ان يقبض
بعض المبيع دون بعض وان فصل الثمن الا اذا كررا البايع لفظ
بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك
وان فصل الثمن بان قال بعت لك هذين كل واحد بكذا او
بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على ان البيع
يتعدد بتكرر لفظة بعت وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس
له ان يفرق في القبض عند اتحاد العقد باتحاد ثمن البعض
اوابرائه وتاجيله قال رحمه الله **وبتعاط** اي يلزم
بالتعاطي ايضا ولافرق بين ان يكون المبيع خسيسا اونفيسا
وزعم الكرخي انه ينعقد في شي خسيس لجريان العادة ولا
ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع
باعتبار الرضا لابصورة اللفظ وقد وجد التراضي من
الجانبين واشار محمد الى انه يكتفي بتسليم المبيع قال رحمه الله
واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه
اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل

القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع
فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال
حيث لايبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول
شرط والايمان لاتبطل بالقيام وعند الشافعي خيار القبول
لايمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي
والفكر والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو
جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي حرج
بين وهو مندفع بالنص قال الله تعالى يريد بكم اليسر ولا يريد
بكم العسر وقال عليه الصلوة والسلام يسروا ولا تعسروا
قال رحمه الله **ولابد من معرفة قدر ووصف** ثمن غير مشار
لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو
العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا **لا مشار**
اي لايحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن
او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه
وقدره بعد ذلك لاتفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان
العوضين حاضران وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا
بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع
من غير فصل وعنه عليه الصلوة والسلام انه اشترى من
يهودي الى اجل ورهنه درعه ولابد من ان يكون الاجل معلوما
لان الجهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله **ومطلقه**
يقع على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد

ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلده
وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمي قدره بان قال عشرة دراهم
مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الي المتعامل به في بلده قال
رحمه الله وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان
الكل في الرواج وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالات
مفضية الي المنازعة فاذا اشتري بدراهم معلومة فاعطي
من ايها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية
ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما
اما المكيلات فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه
ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم
وباناء او حجر لا يعرف قدره وكبيع شي لا يعرف وصفه بالاشارة
ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف
السلم قال رحمه الله ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في
صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم
بالاشارة ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او من
الثياب كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان
رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لها نهاية وله ما ذكرنا من
الجهالة لان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد هذه
الاشياء متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع
ذراع من ثوب يكون ضررا علي الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا

سقف جاز في الكل في الفصلين فصل الصبرة وفصل الشاة
ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي في المجلس بعد العقد لما ذكرنا
وهو ياتي علي قوله وعلي قولهما لا ياتي لجوازه بدونه قال رحمه الله
ولو نقص كيلا اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبائع يعني لو باع
صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها علي انها مائة قفيز بمائة
درهم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته لانها من المقدرات
فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم كل قفيز قدرا اذ تعلق بقدرها
فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شا اخذها وان شا تركها
لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه
لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقي علي ملكه اذ القدر ليس بوصف
قال رحمه الله ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد
فللمشتري ولا خيار للبائع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم
يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شا
تركه الي اخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم
الثمن علي الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين هنا بخلاف
الاول غير انه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار بفوات وصف
مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك
الثمن لان الوصف لا يقابله شي من الثمن ولا خيار للبائع كما
اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما
فوجده معيبا وللمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه
ولو كان قدرا ما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبائع كما في

المكيل والموزون قال رحمه الله ولو قال كل ذراع بكذا فنقص
اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كل ذراع كذا او فسخ معناه
انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا
فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وان
وجده زايدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع يصلح
ان يكون عينا لانه ينتفع بانفراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنا
جعل اصلا والا فهو وصف فاذا وجده ناقصا اخذ بحصته
وثبت له الخيار لتفريق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو
بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه
لانه حصل له الزيادة في المبيع فتلزمه الزيادة في الثمن فكان
فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى
ويترك الزايد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى
انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوزه
ولما كان الزايد يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق
انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام
لدخول الفاضل في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا قال رحمه الله
وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة
اذرع من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لا
بجهول لا تعرف نسبته بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم
او ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر وثلاث ولعل الشيخ
رحمه الله قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار ادى اليه

وقوله فسد بيع عشرة اذرع من دار هذا قول ابي حنيفة واختلف
المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة كما
لو اشترى سهما او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا اسهم
ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فترتفع
فلا تفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما او عشرة
اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة ولو اشترى عشرة اذرع من مائة
ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع
لانه عشرها فاشبه عشرة اذرع من مائة ذراع وله ان الذراع
اسم لانه يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع
ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع
احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شايع
فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم
يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده بجملتها
تظهر بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فانه اذا علم جملتها
عددا يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكر
قال رحمه الله وان عد لا انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد
لانه يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب
ثم اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة
لانه يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان في المردود وجهالة
الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم
وهو مجهول فيؤدي الى النزاع ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره

وقوله

وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا تبقي الجهالة في المردود
فيؤدي الي المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من
الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم
قال رحمه الله **ومن اشتري ثوبا** علي انه عشرة اذرع لكل ذراع
درهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة
ونصف بخيار معناه اذا اشتري ثوبا واحدا علي انه عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصفا وتسعة ونصف اخذه
في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه
بتسعة ان شا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
في الاول ياخذه بعشرة وفي الثاني ياخذه بعشرة الا نصف
ويخير فيهما لانه سمي لكل ذراع ثمنا علي حدة فالتحق بالقدر
قال رحمه الله **ويدخل البنا والمفاتيح في بيع الدار** والشجر
في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي
العرف تتناول البنا تبعا لكونه متصلا بها اتصال قراره
وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها
واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان
غير المثمرة تقلع للحطب والخشب ليبني عليها والصغيرة تنقل
من مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نهايتهما
ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان
غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها
تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق

اذ

اذ لا ينتفع بكل واحد منهما دون الاخر وان لم يكن الغلق
مركبا فيها كالقفل لم يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفاتيح
لانه في القياس لا يدخل اصلا الا اذا استحسنا ذلك فيما اذا
دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي علي اصل القياس ثم الاصل
في هذه المسائل ان الشي اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار
دخل في البيع والا فلا الا اذا جري العرف بالدخول فيه كالمفتاح
والسلم المتصل بالبنا يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل
لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم
وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة
لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان
مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل بغير شرط
للعرف الا اذا كانت ثيابا مرتفعة ليست للعرض فلا تدخل الا
بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم
البايع بالخيار ان شا اعطي الذي عليه وان شا اعطي غيره
لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلهما ولهذا لم يكن لها حصة
من الثمن حتي لو استحق ثوب منها لا يرجع علي البايع بشي وكذا
اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا
كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل
المشدود في عنق الحمار والعذار والاكاف والبرذعة يدخل
للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود علي قرن
البقر والجمل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان تكون

العرف بخلاف فصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان
والعجول والحمل اذا ذهب به مع الام الي موضع البيع دخل فيه
للعرف والا فلا قال رحمه الله ولايدخل الزرع في بيع الارض
بلا تسمية وقال عليه السلام من اشتري ارضا فيها نخل
فالثمرة للبائع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود
وغيره ولايلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان
للمفصل ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع لان ملك المشتري
مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه اذا كان
فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتي يظهر صلاحه
الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي
العادة لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة التسليم
واجب ايضا حتي يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض
وانما لا يقطع لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون
القلع بخلاف الشرا لانه يملك الرقبة فلا يراعي فيه امكان
الانتفاع الا تري انه لو اشتري ارضا لا يكون له الطريق
الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا
فرق في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين
في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا
بذر في الارض ولم ينبت حتي باع الارض فلم يدخل لانه مودع
فيها فصار كالمتاع الموضوع ولايدخل الزرع والثمر بذكر

الحقوق

الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها بكل
قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها
لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها
دخلا فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال في الحال
وورق التوت والاس والزعفران والعدد بمنزلة الثمار
وفي كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس
الثمار في حكم الشرب والطريق وكل موضع لا يدخل فيه الشرب
والطريق لان الشرب والطريق ليسا منهما ولا فيهما لكنهما
من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها ومنها ليسا
من حقوقها فتنعكسا قال رحمه الله ومن باع ثمرا بدا
صلاحها او لا صح ويقطعها المشتري تفريغا لملك البائع
هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها
علي النخلة فسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل
ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع
بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهي عظمها عندهما لانه شرط
لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانه
للعادة وان تركها بعدما تناهي عظمها لم يتصدق بشي لان
هذا تغير احوال فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من
القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالي وان اشتراها
مطلقا ثم اشتري النخيل الي وقت الادراك فتركها طاب
له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة

فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا استاجر الزرع واستا
الارض الي ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما
زاد علي الثمن وعلي غير اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة
فاورثت خبثا ولو اثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لعجزه
عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول
قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا الباذنجان والبطيخ
والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع
الاصول عند بعضهم بعد قضا حاجته اذا كان الموجود اكثره
فحاصله ان لهذه المسئلة ثلاث وجوه احدها اذا خرج الثمار
كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضي وثانيها ان لا
يخرج شي منها فلا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج
بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر الرواية المذهب
وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود
استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الايمة
الحلواني وابو بكر بن محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله والاصح انه لا يجوز لان المصير
الي مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا
لانه ان يشتري الاصول علي ما بينا او يشتري الموجود ببعض
الثمن ويوخر العقد في الباقي الي وقت وجوده او يشتري
الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منها فيحصل مقصوده
بهذا الطريق فلا ضرورة الي تجويز العقد في المعدوم مصادما

للنص

للنص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما
ليس عند الانسان ورخص في السلم قال رحمه الله **ولو استثني
منها ارطالا معلومة صح** كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره اي
لو استثني من الثمار المبيعة المجدودة جاز البيع كما يجوز بيع
البر في سنبله والباقلا في قشره اما الاول فلان المبيع صار
معلوما بالاشارة والمستثني معلوما بالاشارة فوجب القول بجوازه
وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثنا
مجهول وربما لا يبقي بعد شي فيخلو عن الفايدة ويكون رجوعا
عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه علي ما بينا بخلاف ما اذا
استثني نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه
الجهالة لا تفضي الي المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة
قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه علي ما بينا من قبل الا تري ان
بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه
جزاف وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غايب
عن البصر ولا نعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن
واللبن في الضرع والزيت والزيتون قبل الاستخراج وما رواه
مسلم واحمد وغيرهما انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع
النخل حتي تزهو وعن بيع السنبل حتي يبيض ويامن العاهة الا
تري الي ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي صلي الله عليه
اذا منع الله الثمرة فبم تستحق مال اخيك فيكون حجة لنا في
اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الي حين المحل ولو اجري

على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لا يقتضي جواز
بيع ما ابيض مطلقا من غير قيد بالقرب ولو كان كما قاله لقال
حتى يفرك قال رحمه الله **واجرة الكيل على البائع** واجرة نقد قوله هذا
الثمن ووزنه على المشتري وهذه رواية ابي سماعة عن محمد
رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البائع
لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المبيع من غيره
فكان هو المحتاج اليه فتكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي
الصدر الشهيد وروى محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد
القبض وقبله على المديون لان على المديون ايفاء حقه فتكون اجرة
التمييز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي
انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال رحمه الله **ومن باع
سلعة بثمن سلمه اولا** اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي
المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن
اولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن
لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال للبائع احضر
المبيع ليعلم انه قايم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن اولا
لما ذكرنا وان كان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم
الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال
رحمه الله **والا معا** اي وان لم تكن سلعة بثمن سلما معا
لاستوايهما في التعيين او في عدم التعيين وذلك لانه اما
ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني

متعين

متعين **باب خيار الشرط**

قال رحمه الله صح للمتبايعين او احدهما ثلاثة ايام او
اقل اي خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونها
لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان
يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار
ثلاثة ايام قال رحمه الله **ولو اكثر لا** اي لو شرط اكثر من
ثلاثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر
والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى
الاكثر فشابه التاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزنا بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على
مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه
للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر
ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهرين فيحتمل
ان يكون خيار الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة
فسد بها العقد قال رحمه الله **واذا اجاز في الثلاثة جاز**
خلافا لزفر هو يقول ان العقد فاسد فلا ينقلب صحيحا
كالنكاح بغير شهود وله ان المفسد قد زال قبل تقرره
فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا

عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا
ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم
الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع
اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في
اليوم الرابع وهذا عند مشايخ خراسان فعندهم العقد موقوف
على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا
ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد
فيه لعدم شرط الجواز فلا تمكن ازالته وهذا الوجه وجه ثماني
قال رحمه الله **ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة
ايام فيصح البيع والى اربعة لا** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر وقال زفر لا يجوز هذا
الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بعدم شرط النقد ولو شرط فيه الصحيحة هنا فسد فهذا اولى
وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير
في الثلاثة ايام بين الفسخ والامضا غير ان ترك النقد جعله
امارة الفسخ والنقد امارة الامضا وهذا الشرط يحتاج اليه
لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع الغبن
غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك
يتم وذلك لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ
على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس
الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة

فلا

فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد مرا على اصلهما في
الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما
بينا وهو ابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط
الخيار اخذا بالنص في هذا وبالاثر في تلك قال رحمه الله
فان نقد في الثلاثة صح يعني فيما اذا اشترطا اكثر من ثلاثة
ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة
على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا مجهولا بان
يقول على انه ينقده اياما او بينا وقتا معلوما وهو اكثر
من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد
في الثلاث لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة ايام
او دونه فانه يجوز قال رحمه الله **وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه** لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي وتمام الرضا
لا يكون مع الخيار قال رحمه الله **وبقبض المشتري يهلك بالقيمة**
يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده مدة الخيار فان
المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان
موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان موقوفا في يده على سوم
الشرا وفيه القيمة والمشتري لو هلك في يد البائع انفسخ
ولا شي على المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع
في يد المشتري فللبائع ان يلزمه البيع ان شا وان شاء
فسخ وضمنه النقصان لان البيع لا يمنع الفسخ واذا انفسخ
العقد كان مضمونا على المشتري بجميع اجزائه كالمغصوب

ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره قال رحمه الله وخيار
المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البائع ولا يملكه المشتري ويقبضه يملك بالثمن كتعيبه
اي بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب
والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع
كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه
لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمتنع الرد على البائع
عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
بعدما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان
الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا
يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف
على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك
لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة
ضرورة قال رحمه الله فلو اشترى زوجته بالخيار بقي
النكاح لانه لا يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول
المبيع في ملكه على ما بينا قال رحمه الله فان وطئها
فله ان يردها فان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا
يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطي لانها تتغير به
وليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها
فيكون الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى
غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة

الخلاف

الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه
بل قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته
لانه يصير كالمنشئ في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء الاخير
حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على
ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند
المشتري بعد القبض لا يجتزي به عن الاستبراء لعدم الملك
وعندهما يجتزا به ومنها اذا اشترى منكوحته وقد ولدت
او حبلى منه لا تصير ام ولد له بخلافهما وثمرة الخلاف
تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع
وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع
لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده
بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة رحمه الله
ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه
عنده فهلك في يده هلك من مال البائع عنده لان قبضه
يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع ان
كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان
بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع
البات ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر
العصير في المدة فسد البيع عنده ومنها حلال اشترى صيدا
بشرط الخيار فقبض ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع

ويرده الى البايع وقالا لا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع
ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري واحرم
البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا وهو ساكن
باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشرط لا يكون اختيارا
عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين وقال السرخسي
رحمه الله ابتدا السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى
بخلاف الاستمرار قال رحمه الله **فان اجاز من له الخيار بغيبة**
صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته
فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل
مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله
بشهوة وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط
رضاه فصار كالوكيل بالبيع وتم العقد بموته ومضي المدة
والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة يعني يتم العقد بواحد
من هذه الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار
بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله
يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجري فيه الارث كخيار
العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت فلا ينتقل
عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة لانه ليس هو الا
مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث

خياره

خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان
يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت
له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث وان
لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء
لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل
الخيار لزم البيع وتم واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة
الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذا لم يثبت له الخيار الا
في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد
مضيه واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان
يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فاخذ
المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون
الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت
نظرا للملاك لدفع ضرر يلحقهم على الدوام فكان اخذه بها
دليل الاستيفا فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت
له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر ان الجوار كان سابقا
عليه فيثبت له الملك وكان احق الناس بالتصرف فيها فكان
اولى بالشفعة وان لم يملكها بالمكاتب والعبد المأذون
له في التجارة وهذا التقدم يحتاج اليه لابي حنيفة واما
قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا
التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير
وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث

لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها
بها لانه لا يسقط بالصريح فكذلك بالدلالة قال رحمه الله
ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح
اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس
لان الخيار من واجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه
لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما
لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا ان
اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه
لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته
بطريق النيابة عن العاقد قال رحمه الله **فان اجاز احدهما**
او نقض صح وان كان معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز
الاخر وخرج الكلامان منهما كان الفسخ اولى من الاجازة من
ايهما كان وهو رواية كتاب المأذون من كتاب المبسوط وفي
رواية كتاب البيوع تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة
لان الاصل اقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح
ان يكون معارضا للاصل ولانه لما قدم على التصرف كان
عزلا له سندا بالفعل وهو ملك ذلك صريحا بالقول فكذا
دلالة بالفعل هذا لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا
حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا
وكله بان يطلق زوجته السنة فطلقها الوكيل والموكل

حيث يقع عليها طلاق احدهما ولا يتقدم تصرف الموكل
لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود
من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه لا يطلق
فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في
البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان
المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما
مالك للتصرف فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ لا
يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح
الحرة والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اولى
واقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال
المجاز يلحق الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة
صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البائع
عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار
للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده
قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة
ترد على ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في الماذون
قول ابي يوسف لانه لا يتقدم تصرف المالك بل يستويان عنده
وما ذكره في البيوع قول محمد رحمه الله لانه يقدم تصرف المالك
على تصرف النائب عنده قال رحمه الله **ولو باع عبدين على**
انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان
فصل ثمن كل منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه

الخيار كالخارج من العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره وهذه المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه
الخيار والثاني ان لا يعين واحدا منهما والثالث ان يبين
الثمن دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في
الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في
الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلوا اما ان
يجعل المستثنى داخلا في العقد او لا فان جعلته داخلا
فيه وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء
من المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير
داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وان فصل كما لو جمع بين
حر وعبد او شاة وكلب ميتة ومذكاة فانه لا يجوز وان بين
بينهما قلنا هو داخل صيغة لا داخل حكما فاذا كان
داخلا من وجه دون وجه فان كان معلوما اعتبرناه
داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز وصح خيار التعيين
فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين
على ان ياخذ ايهما شا او يبيع احد الثلاثة على ان ياخذ
ايهما شا ولا يجوز ذلك في الاربعة وقال زفر والشافعي
لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع قال قاضي
خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة هاهنا يعني في
الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ

ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام ووضعه
كذا في الماذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان
ياخذ ايهما شا ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط
فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فيما دونها
عند ابي حنيفة رحمه الله ومدة معلومة على قول الثاني
فان ذكر ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان
ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين
كان له ذلك وان مضت المدة بطل خيار الشرط وبقي خيار
التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد
الضعيف عفى الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى
للتوقيت ولا لخيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت
فيه يفيد لزوم العقد عند مضي العقد قال الكرخي في
مختصره انه يجوز استحسانا واليه اشار في الزيادات ووجهه
انه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر
في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا
للقياس ولا حاجة اليه للبايع وفي العتاق والطلاق كذلك
ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو
هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن
كل منهما لما قلنا بخلاف ما اذا بقيا ولم يهلكا حيث يبقى
خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانه محل للابتداء البيع
فكذا للتعيين بخلاف الهالك قال رحمه الله ولو اشتريا

علي انهما بالخيار فرد احدهما لا يرد الاخر يعني لو اشتري
اثنان بشرط الخيار ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وعلي هذا الخلاف
خيار الروية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات مستلزم
لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الي
دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل
مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار
كل واحد منهما علي الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد
يثبت لهما علي وجه لا يتضرر به البايع وفي رد احدهما نصيبه اضرار
بالبايع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو
رده احدهما لرده معيبا اذ هو عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من
الانتفاع به الا بطريق المهايا قال رحمه الله ولو اشتري عبدا
علي انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن كله او تركه لان
هذا وصف مرغوب فيه فيستحقه بالشرط في العقد ثم فواته يوجب
التخيير لانه لم يرض بدونه بخلاف ما لو باع شاة علي انها
حامل او تحلب كذا او كذا رطلا يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف
وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه
يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتي لو شرط حلوبا او لبونا لا يفسد
لانه وصف ولو قال لتخبز كذا او لتكتب كذا صاعا او يكتب كذا وكذا قدرا
يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر علي الكتابة والخبز قدر ما
ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شا اخذه وان شاء رده لما قلنا

وان قال البايع عندك لم يحسن ذلك لكن نسي عندك فالقول قول
المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة وكان الظاهر شاهدا
له ولو ابتاعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك
فنسيه في يد البايع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه
علي الصفة التي ورد عليها العقد فاذا بينه فقد تغير المبيع
قبل القبض فيرده وعلي هذا لو اشتري جارية علي انها خياطة
او نحوه فيما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه
اذا اختار الاخذ اخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي
من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا يفسد به
العقد ولو اختلف لفسد علي ما يجي بيانه في البيع الفاسد ان
شا الله تعالي والله سبحانه وتعالي اعلم باب
خيار الروية شرا ما لم يره جايز وله ان يرده اذا راه وان
رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف
منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الي مكانه او معدوم لما
ذكرنا وقد نهي عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند
الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين ويرى المشتري ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام من اشتري ما لم يره فله الخيار اذا
راه ولان الجهالة فيه لا تفضي الي المنازعة لانه اذا لم يوافقه
رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن
بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل نصه الحديث فان
حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست

عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاجدها فاشتريها
واسلمها له فقال عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك
واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان
ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غايبة
وكان المشتري راها جاز فيبطل ما زعمه طردا وعكسا
وقوله وان رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار اذا راه
وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار يتعلق بالروية على ما
روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشي قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الروية بخلاف فسخه
حيث يعتبر قبل الروية لكونه عقدا غير لازم فيفسخ كذلك
لا بموجب الخيار قال رحمه الله ولا خيار لمن باع ما لم يره
وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضى
المتعاقدين فاذا انتفى رضي احدهما لعدم الروية فكذا رضي
الاخر وقال الشافعي لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا
ولنا الرجوع اليه ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا
بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقال له طلحة انك غبنت
فقال لي الخيار ما لم ار وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني قد بعت ما لم ار فحكم بينهما جبير فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير
نكير فكان اجماعا منهم ولان خيار الروية معلق برؤية المشتري
لما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الروية انما يثبت للمشتري

باعتبار انه يظنه خيرا مما راي فيرده لفوات الوصف
المرغوب فيه ولو رده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه
والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو
سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار قال رحمه الله ويبطل بما
يبطل به خيار الشرط اي يبطل خيار الروية بما يبطل به
خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الروية
واما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض
التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين قال بعضهم اذا راه
وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد منه
الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة
اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل البيع لا يكون له الخيار
والجهالة تزول بالروية والخيار يسقط بزوال سببه
كخيار العيب يسقط بزوال العيب قال رحمه الله وكفت
روية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر
الثوب مطويا وداخل الدار لان روية ما يستدل به على
المقصود تكفي لتعسر روية الجميع وروية هذه المواضع من
هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط
روية غيرها ولو دخل في المبيع اشيا فان كانت لا تتفاوت
احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالانموذج
تكفي روية بعضه لجريان العادة بالاكتفا بالبعض في
الجنس الواحد والوقوع به في الباقي الا اذا كان الباقي

اردي فيكون له الخيار وفيما راي كيلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كانت اصلا تتفاوت
وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد
فلابد من روية كل واحد من افراده لان بروية بعضها لا يقع
العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما
ذكره الكرخي لتفاوت احاده فلا يستدل بروية بعضه
علي غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل
الحنطة والشعير لكونها متقاربة وكذا النظر الي ظاهر
الثوب مطويا وقال زفر لا يكتفي بروية ظاهر الثوب ولا بد
من نشر كله فانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله بروية
بعضه قلنا اقل ما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن
الاستدلال بالبعض علي البعض والوجه هو المقصود من
الادمي ولهذا لا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد
تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رويتهما ويشترط
بعضهم مع ذلك روية القوائم وعن محمد رحمه الله روية
الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان به
يظهر السمن من الهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي
شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق
وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف المغازي لا بد من سماع
صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه فلا
يسقط خياره حتي يدركه وجعل في المختصر روية داخل الدار

كرويتها كلها لانه يستدل به علي الباقي وفي عامة الروايات
اذا راي صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر
لا بد من روية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية
والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها
تختلف فلا بد من رويته ذلك كله في الاظهر لان كلا منها
مقصود فالنظر الي الخارج او الي صحن الدار لا يوقع العلم بهذه
الاشيا وما ذكره في الكتاب مبني علي عادة اهل الكوفة فان
في ذلك الزمان دورهم كانت علي تقطيع واحد ولم تختلف الا
في الكبر والصغر وكونها جديده او حديدة وذلك يعلم
بروية بعضها فافتوا كذلك واما اليوم فبخلافها فلا يكتفي
به وروية اشجار البستان يكتفي فيها بوقوع العلم ولو راي دهنا
في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة
رحمه الله وعن محمد انه يبطل قال رحمه الله **ونظر وكيله**
بالقبض كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يكون كنظره حتي لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكيل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وبخلاف
الرسول لانه لا يملك شيا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك
القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشرا والفرق بين
التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض
وفي الارسال كن رسولي او امرتك بقبضه وقوله ونظر وكيله
بالقبض احتراز عن الوكيل بالشرا فان نظره بالاجماع كنظر

الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم تقيد الرسول
به لان نظره لايكون كنظر المرسل مطلقا سواكان الرسول
بالقبض او الشرا قال رحمه الله **وصح عقد الاعمي** وسقط
خياره اذا اشتري بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه
اما صحة عقده فلانه يحتاج فصار كالبصير وقوله يسقط
خياره بجس المبيع الي اخره محمول علي ما اذا وجد الجس منه قبل
الشرا واما اذا اشتري قبل ان يجس فلا يسقط خياره به بل
يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد الي ان يوجد منه
ما يدل علي الرضا من قول او فعل في الصحيح علي ما بينا واكتفي
بالوصف في العقار لانه لاسبيل له الي معرفته الا به والوصف
قد يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتي لايكون له
خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذا في حقه وعن ابي يوسف
انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه
منه لان التشبيه يقام مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين
اقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة وقال الحسن يوكل
وكيلا يقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله
لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل عنده علي ما بينا وقال بعض
ايمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف واذا ابصر
بعد الوصف وبعد ما يدل منه علي الرضا فلا خيار له لان العقد
تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره
قد سقط به فلا يعود ولو اشتري البصير ثم عمي قبل الرؤية

انتقل

انتقل الي الوصف بوجود العجز قبل العلم به قال رحمه الله
ومن راي احد الثوبين فاشتراهما ثم راي الاخر له ردهما لان
رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر للتفاوت فيبقي خياره
فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له ان يرده وحده
لنهيه عليه الصلوة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما
جميعا ضرورة ولا يقال الخيار ثبت بالنص فيما لم يره لا في
منع الفسخ وحده فيه ابطال له فكان باطلا لانا نقول
نحن لانمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ
فسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه
وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث
الاول والذي راه بالثاني اذ الصفقة لاتتم الا مع خيار
الرؤية قبل القبض وبعده وكذا لاتتم مع خيار العيب قبل
القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لايفيد ملك
التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول
وبعد القبض لايمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد
علي تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا
افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف قال رحمه الله
ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا
يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث
ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري
فيه الارث علي ما بينا قال رحمه الله ومن اشتري ما راي

خيران تغير والا لا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم
بالمبيع قد حصل بالروية الاولي وقد رضي به ما دام تلك
الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه قبل فحينئذ
يثبت له الخيار كما اذا راي جارية ثم اشتري جارية متنقبة
لا يعلم انها التي كان راها ثم ظهرت اياها يثبت له الخيار
لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور
وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الروية لم تقع معلمة
له باوصاف المبيع فكانه لم يره قال رحمه الله وان اختلفا
في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان الظاهر يشهد
له اذ الاصل بقاوه علي ما كان قال رحمه الله وللمشتري
لو في الروية اي لو اختلفا في الروية كان القول للمشتري
لانها امر حادث والمشتري ينكره فالقول قوله مع يمينه
قال رحمه الله ولو اشتري عدلا وباع منه ثوبا او وهب
رده بعيب لا بخيار روية وشرط لانه لو رد فقد تعذر فيما
اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرده الباقي بخيار الروية
والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة
قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة علي ما ذكرنا
وفي خيار العيب يملك التفريق علي ما بينا قال رحمه الله ومن
وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد
يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة
في العقد صريحا لكونه مطلوبة عادة فعند فواتها يتخيره

كيلا

كيلا يتضرر بالزام ما لا رضي به كما اذا فات الوصف المرغوب
فيه المشروط في العقد كمن اشتري عبدا انه خباز او نحوه
فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد
لا يحل ان يبيع المبيع حتي يبين عيبه لقوله عليه الصلوة
والسلام لا يحل لمسلم باع لاخيه بيعا وفيه عيب الا بينه
له رواية ابن ماجه واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع
طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا
ليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد
ما باع فقال فيه هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هودة
من محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم اشتري منه عبدا او
امة لا داء ولا غايلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه
والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص
من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن بالعقد
لكونها تبعا فلا يكون اصلا بخلاف ما اذا كانت مقصودة
بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البايع بعد البيع قبل القبض
سقط من الثمن حصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف
يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند
البايع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري
ما يدل علي الرضا بعد العلم بالعيب قال رحمه الله وما
اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف

أهله قال رحمه الله كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها
توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجد شي من هذه الاشياء
من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول
بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير
الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين فان البول
قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والاباق
قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما
بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شي منهما عند البايع قبل
البلوغ ووجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال
الاول بالبلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب ولو وجد عند
البايع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ يرده
ايضا لما ذكرنا قال رحمه الله والسرقة لا تختلف بين ان
تكون من المولى او غيره الا اذا سرق من المولى شيا للاكل فانه
لا يكون عيبا فان التقصير جا من المولى حيث احوجه اليه
وان سرق طعاما من المولى ليبيعه كان عيبا لانه لا يأتمنه في
حفظ ماله ولو سرق الشي اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون
عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ وفي الاباق اذا
خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق اي ابق من المولى او من
رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق
من الغاصب الى المولى او الى غيره او لم يعرف منزله او لم يقدر على
الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان يقال

ان

ان كانت البلد كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة
بحيث لا يخفى على اهلها او بيوتها لا يكون عيبا قال رحمه الله
والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه
القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع
وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجده عند البايع في صغره
وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده وان لم يعاوده عند
المشتري لانه قل ما يزول والصحيح لا يرده حتى يعاوده عنده
لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة عنده ومقداره
ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال
بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال رحمه الله
والبخر والدفر وولد الزنا في الجارية يعني هذه الاربعة
تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها
وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه
الاستخدام وهذه الاشيا لا تخل به ولانه يستخدمه من المولى
او يكون الزنا عادة له لان التحرز من الدفر والبخر يكون من
دا وهو عيب واتباع النسا يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر
منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من الاعادة
عند المشتري حتى يرده الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد
رحمه الله في الاما لو اشترى جارية وقد كانت زنت عند البايع
فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد
وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت عنده

ثم وجدها واستحقها مستحقة ببينة فعيب الاباق لازم لها
ابدا وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته فعلى
هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاوده عنده
وكذا من اشترى منه يردها عليه من غير معاودة عنده والاول
هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه الله الزنا
في الغلام عيب كالسرقة قلت لا ينقص قيمته بالزنا ولا يعد
عيبا عادة الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه
حفظ ماله ولهذا حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو
الجلد هنا انتهى قال رحمه الله والكفر يعني في الغلام والجارية
هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز
اعتاقه عن كفارة القتل فتخل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه
كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله
يرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولان استعمال الكافر واذلاله
مطلوب للمسلم والحجة عليه ما ذكرنا قال رحمه الله وعدم
الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمراره امارة الداء
وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انها
لداء فيها فذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا تسمع
دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء والحبل ومتى لم
يذكر احدهما لا تسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ
وهو سبعة عشر سنة عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك ثم
بقول الامة لانه لا يعرف من غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان

كان

كان بعد القبض فيقضي بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح
وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى يرد بلا يمين البائع لضعف
البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء
وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية
لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة
يسيرة لا تسمع دعواه وفي المديدة تسمع واقلها ثلاثة اشهر
عند ابي يوسف واربعة اشهر وعشرا عند محمد وعن ابي حنيفة
وزفر سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن
دعواه على ما ذكرنا سأل القاضي البائع فان اقر بما ادعاه
المشتري ردها على البائع وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع
لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجي ان شاء الله تعالى وان اقر
بقيامه في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان
نكل رد عليه واذا اقام المشتري البينة على ان الانقطاع كان
عند البائع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن
القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان الاستحاضة
درور الدم فيطلع عليه ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي
ان المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء
لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه
الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في

الكافي وعزاه الى الفوائد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول
المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرده بعيب
حادث عنده وانما يرده بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين
قال رحمه الله والسعال القديم لان دوامه يدل على الداء
وتنقص بسببه قيمته قال رحمه الله والدين لان ماليته تكون
مشغولة به وتتقدم الغرما على المولى قال رحمه الله والشعر
والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى
قال رحمه الله فلو حدث عيب آخر عند المشتري واطلع
على عيب عند البايع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده
الا برضى البايع لان بالرد اضرارا بالبايع لانه عن ملكه سالما
من العيب الثاني فلا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع
بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر
فيخير المشتري ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له ان
يرجع بالنقصان بعد ما رضي البايع به لزوال الموجب لذلك
وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم
اطلع على عيب حيث يرجع بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب
لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كي لا يلزم الربا فلا يقدر
على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فيسقط باسقاطه ولا
يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه

بالنقصان

بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودا باحد امرين
اما به لاتلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض
فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما
اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشرع بان نقص او زاد لان الجزء
الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه
فاذا صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن
دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر
به وان لم يكن رجع عليه بحصته من الثمن فصار له حصة من
الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند
تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم به
هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين
القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة
مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال
مالك يملك المشتري رد المبيع ويرد معه نقصان العيب
الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر المبدل فصار يرد المبيع
فيرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري لينتفع
به عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعد ما تعيب عنده او
رد يتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما من العيب الحادث
عنده ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه

بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه اصلا ثم لو
رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره
وليس له ان يرجع علي المشتري كما لا يرجع المشتري بشي علي البايع
اذا رضي باخذ المبيع ولا يقال مراعاة حق المشتري اولي عند
تعارض الحقين لان البايع دلس عليه وصار مغرورا من جهته
فترجح مراعاة حقه لذلك لان تنقول معصية منه والمعصية
لا تنافي عصمة مال العاصي الا يري ان من غصب ثوبا فخاطه او
صبغه لا تسقط عصمة صنعته قال رحمه الله ومن اشتري
ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث
وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله والفرق ان الخرق افساد للمالية لانه يصير به للتلف
والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاخذ ختام ما لبثه
بفعله فصار كالاقتلاف كما اذا كان عبدا او طعاما فقتله او اكله
قال رحمه الله وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع للزيادة فيه حيث لا
يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع علي ما بينا قال رحمه الله
وان باعه المشتري لم يرجع بشي لانه صار حابسا له بالبيع اذ
الرد غير ممتنع بالقطع برضي البايع علي ما بينا وكان مفوتا للرد
بخلاف ما اذا خاطه او باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان

لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من
غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال رحمه الله
فلو قطعه او خاطه او صبغه او لت السويق بالسمن فاطلع
علي عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤيته للعيب يعني باعه
في هذه الصور كلها وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة
او الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه
ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ
اذ هو لا يرد الا علي عين ما ورد عليه العقد والا لما كانت فسخا ولو
اخذه لكان ربا ايضا علي ما بيناه فان امتنع الرد بسبب الزيادة
لا تاثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع
من غير خياطة علي ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة منفصلة
كالسمن والجمال حيث لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير
بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا
له فلا يمنع الفسخ وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة
فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ
وقد ذكرنا حكمها والمنفصلة ايضا علي نوعين متولدة من المبيع
كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه له
الي الفسخ فيهما مقصودا لان العقد لم يرد عليهما ولا تبعا لانفصالها
ولا الي الفسخ بالعيب في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يودي

الي الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن تبقي الزيادة
في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة
من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخه
سلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع
والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يمنع الكسب الكاسب في الحرية
والكتابة في التدبير والاستيلاد حتي لا تكون اكسابهم مثلهم
ولا يلزم من حصولها للمشتري ان تكون مجانا لانه ليس بجزء للمبيع
فلم يملكه بالثمن وانما يملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه الصلوة والسلام قضي ان الخراج بالضمان رواه مسلم
والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع فاستغله ثم وجد به
عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي صلي الله
عليه وسلم الغلة بالضمان رواه ابو داود واحمد وابن ماجه فاذا
ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع فيه قايما علي ملك
المشتري ويمكنه الرد برضي بايعه فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع
بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه
لا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع
بسبب نقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان
ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشتري ثوبا فقطعه ثوبا لولده
الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب

لانه

لانه صار مملوكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمنع الرد
ولو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لانه لم يصر ملكا له الا بتسليمه
اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك
الاب وامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا
يمنع الرجوع بالنقصان قال رحمه الله او مات العبد او اعتقه
اي الخياطة او نحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع
الزيادة علي ما تقدم وكذا لا يمنع موت العبد او اعتاقه اما الموت
فان ما لا يمنع لان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة ثبت
باعتبارها فينتهي بانتهايها والامتناع رده علي الملك حكمي لا بفعل
من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد
منه اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به
فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه علي الاعتاق يدل علي رضاه
به والقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب
وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار
كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك
في الادمي يثبت علي منافاة الدليل الي غاية العتق والشيء
ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه
باق ونعذر رده ولهذا تثبت الولاية بالعتق وهو من اثار
الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق

يتعذر الرد فيهما بالمعنى الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه
على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض
ولان العوض والمعوض ملكه فكان العتق بلا عوض والكتابة
مثل العتق على مال لحصول العوض فيهما كالبيع وان عجز المكاتب
ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق
العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع
خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم
فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه
او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه لا يكاتب عليه فلا يتمكن
من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد
ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
رده مولاه ويتولاه العبد لانه الذي اشتراه فكان حقوق
اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على ان بالعبد
عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال رحمه الله
فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه
لم يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان
امتنع الرد بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار
انه ملكه فصار مستفيدا بهذا الملك من حيث دفع الضمان

عن نفسه فصار كان سلم له الضمان الا ترى انه لو لم يكن ملكا
له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع بالنقصان
لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف
انفه فيكون انهاء للملك واذا اكل بعض الطعام فكذا الجواب عند
وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد ولا ان يرجع بنقصانه
لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض
وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي
لان الطعام كشيء واحد فيتعيب بالتبعيض واكل الكل لا يمنع
الرجوع فالبعض اولى وعنهما ان يرد الباقي ويرجع بنقصان
ما اكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب
لا يرجع بالنقصان لا في الزوال عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع
الرد بفعله وهو مضمون عليه وعندهما يرجع بنقصان الباقي
قال رحمه الله ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا ووجده فاسدا
ينتفع به رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا
رضي به البائع لانه اسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا
كسره مقدارا ما لا بد له عنه للعلم بالعيب يرده لان البائع
سلطه عليه فكان كفعله بنفسه قلنا رضي بكسره في ملكه
المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان
العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع

علي عيب ولو علم بصنعته قبل الكسر رده لامكانه قال
رحمه الله والا بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه
ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا وهذا مستقيم في البيض
لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما
اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما
في مواضع الدجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في
القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد
القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون
القشر فان لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا
وان كان لقشره قيمة فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه فلا
يرجع عليه بشي لانه صار آكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف
الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد
العلم لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم يتضمن دليل
الرضا قالوا هذا اذا وجده فان كان فيه قليل لب يأكله
بعض الفقرا او يصلح للعلف وهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرنا
وان وجد البعض فاسدا مثل الواحد والاثنين كل مائة فليس
له ان يخاصم البايع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فقيل
باطل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بحصته الصحيح
منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم على اجزايه كالمكيل

والموزون

والموزون على قيمته وقيل المعتمد لا يجوز عندنا الكل لانه لم
يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم قال رحمه الله
ولو باع المبيع فرد عليه بعيب رده على بايعه ولو برضا لا
اي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بايعه
ان كان رده عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل
فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء ليس له ان
لا يرده على بايعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
رده للمتيقن بعدمه عند البيع الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل
قال رحمه الله وان قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على
دفع الثمن لكن يبرهن او يحلف بايعه اي لم يجبر المشتري على دفع
الثمن لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه
لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت العيب فيسترده من البايع فيكون
اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القاضي فلا يصير اليه حتى يتبين
حاله ولان المشتري ينكر وجوب دفع الثمن اولا لتعين حق البايع
فيه وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية
اثباته ان يقيم البينة بان العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع
عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده
بالعيب وان كان بعينه عند البايع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة
بحدوث العيب يحتاج ان يقيم البينة على ان هذا العيب كان به

عند البايع لاحتمال انه وجد عنده فاذا ثبت انه كان به عند
البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع
وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عندك
وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده اي عند
المشتري لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام
العيب عنده وقيامه في الحال على ما بينا قال رحمه الله وان
قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري
شهودي بالشام استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في
الانتظار ضررا بالبايع فان حلف دفع وليس في دفع الثمن اليه
كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رده عليه المبيع
واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم بخلاف الحدود حيث لا يكون
النكول فيهما حجة ولهذا لم يحلف فيهما وكيفية التحليف على ما بيناه
قال رحمه الله وان ادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يبرهن
المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط
اي اذا كان ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع
واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة
انه ابق عنده نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب
خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك

قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط
وبالله ما استحق عليك الرد من وجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه
وما فيه هذا العيب لانه لا يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره
وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه اي المصنف في قوله عندك
قط ولو كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق
منذ بلغ مبالغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ
فلا يوجب الرد على ما بينا من قبل واما العيوب التي لا يحدث مثلها
كالاصبع الزايدة والناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير
تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضى المشتري به
واثبته بطريقه فحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون
ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء والاخر
كالاباق ونحوها فحكمه ما ذكرنا قال رحمه الله والقول في قدر
المقبوض للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية
او عبدا بعد القبض فقال البايع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري
بعته وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان
او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع يدعي تقابض الثمن في ذمته
وهو خصمه الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو
اتفقا على قدر المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال
رحمه الله ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ثم وجد باحدهما

عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب
بل ياخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل
التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في
القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف
وموكدا لملك الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض
له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيهما في حقه
قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم كله فلا يتعلق في
التجزي في الاتمام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلان نقد
الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزء منه فكذا تمام
الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم الا ببقاء جزء منه اذ لا يقبل
التجزي في هذا المعنى قال رحمه الله ولو قبضهما رد المعيب
فقط اي لو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال
زفر ليس له ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر به
البايع لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل
القبض وخيار الشرط والروية ولنا ان تفريق الصفقة بعد
التمام لان الصفقة تتم بالقبض والعيب لا يمنع تمام الصفقة
فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع
التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق
احدهما بعد القبض لم يخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق

ذلك

ذلك قبله كان له ان يرده لئلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف
خيار الشرط والروية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض
تمام الرضا وتضرر البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري
كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان
يفرق قبل القبض ان وجد باحدهما العيب عنده فكذا لو وجد به
عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا اشكال وفيه
تفاوت كبير فانه اذا منع التفريق وقبل القبض وقد تم فيه العقد
كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن
الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي
الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان
بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما
عيبا بعد القبض فان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يتمكن
من رد المعيب وحده قال رحمه الله ولو وجد ببعض الكيلي والوزني
عيبا رده كله او اخذه كله يعني اذا كانا من نوع واحد لان المكيل
والموزون اذا كانا من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا وان كان
اشيا حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات تعرف
بالاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها
فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق المبيع كشيء واحد
ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل روية بعضه كروية

كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد فليس له
ان ياخذ البعض سوا كان قبل القبض او بعده كالثوب
الواحد فاذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا
وقيل اذا كان في وعاين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعا
الذي وجد فيه المعيب وحده قال رحمه الله ولو استحق
بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض
المكيل والموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب
خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا تعد
عيبا لان التبعيض لا يضرها والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
قال رحمه الله واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب
لانه دليل استبقايه على ملكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة
والعرض على البيع والسكني بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه
من دليل اختيار الملك فيه فان الاختيار هناك شرع
للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل
الاختيار للاجازة لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب
فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند
العجز الى الجزء الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك
جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال رحمه الله
لا الركوب للسقي وللرد او لشراء العلف اي لا يكون الركوب

لسقيها الما او ليردها على البايع او ليشتري لها العلف
رضا بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج وقد لا ينساق
ولا ينقاد فلا يكون دليل الرضا قال رحمه الله ولو قطع المقبوض
بسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا
قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ
الثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له ان يرده
لحدوث العيب عنده وهو القطع غايته الا انه قطع بسبب كان
عنده لكن القطع غير الوجوب وكان بمنزلة عيب حادث عند
المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان فكذا هذا
لان الموجود في يد البايع لسبب القطع وانه لا ينافي المالية
فنفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري
عيب فيرجع بنقصانه وهو ان بين قيمته سارقا الى غير سارق
بل يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن
وقد روى ابن المنذر عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية حبلى
فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم
يحك فيه خلافا قلت ان يمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان
عند البايع يوجب انفصال الولد لا الموت لان الغالب في
الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري بنصف
الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها
هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع الا ترى
انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا

عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في التصرف وان ه
سري الى النفس بخلاف ما اذا اقتل عنده بسبب يوجب القتل
ثبت عندها للبايع لان النفس صارت مستحقة في يد البايع
فينتقض فيه قبض المشتري ويرفع بالثمن قال رحمه الله
ولو بري من كل عيب صح وان لم يسم الكل ورد بعيب وقال
الشافعي لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا
الشرط له قولان وعدم صحة البراة عنده من كل عيب بنا
علي ان الابرا عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده لان في الابرا
معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط ه
وتمليك المجهول كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الي
المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلي يقول لا تصح
البراة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه
وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة
ارايت لو باع جارية في موضع المالق منها عيب او غلام في ذكره
عيب اكان يجب علي البايع ان يري المشتري ذلك الموضع
منها او منه ولم يزل يعارضه هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة
وقال محمد لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول
زفر لان البراة تتناول الثابت قلنا الغرض منه لزام العقد
باسقاط حقه علي صفة السلامة وذلك بالبراة عن الموجود
وعن الحادث وهذا لانه لا حق له قبل البايع وقت المبيع
لم يملكه او لم يره بل هذا بيان لايجاد العقد علي وجه لا يوجب

استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك قال رحمه الله تعالى

باب البيع الفاسد

البيع علي اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه
وهو يفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع
اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد
الحكم علي سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير
قال رحمه الله لم يجز بيع الميتة والدم والخمر والخنزير والحر
وام الولد والمدبر والمكاتب فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان
العقد الباطل غير مشروع معتبرا فبقي القبض باذن المالك
وقيل يضمن لانه لا يكون ادنا حالا من المقبوض علي سوم الشراء
وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه ان
بيع ما ليس عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف
عند البعض
انفها والمدبر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا كالخمر
والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان
هذه الاشيا مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة
فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى
يملك ويقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر باهانتها
وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه
الصلوة والسلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق
المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولي بعد موته والمكاتب

استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه ملك لبطل
ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة
اقتضاء لانها تقبليه بخلاف المدبر وام الولد وقال في الايضاح
اذا كان في احد البدلين مدبرا وام مكاتب او ام ولد ملك ما
يقابله بالقبض لان الملك قايم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه
في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا
هو الصواب وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر
دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة
البيع هي المعتبرة هنا فابطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه
فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال رحمه الله والسمك قبل
الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه
الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه مسلم واحمد وابو داود
وغيرهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قال لا
تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملكه
فلا يجوز وهو على وجهين فاما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده
فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه في
الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة
لا يجوز لانه باع ما لم يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي
ان يكون على الروايتين في بيع الابق بناء على انه باطل او فاسد
وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه
وهو مقدور التسليم وثبت للمشتري خيار الروية عند التسليم له
ولا

ولا يعتد بروية وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه
وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر
او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه
لما احتبس باحتياله صار اخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه
فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير
دخل في البيت فاغلق عليه الباب قال رحمه الله والطير في
الهوا لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده مقدور التسليم
وهذا اذا كان يطير منه في الهوا ثم يعود اليه جاز بيعه لانه
يمكن اخذه من غير حيلة قال رحمه الله والحمل والنتاج
والحمل ما كان في البطن والنتاج ما كان يحمله هذا الحمل لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وابو داود واحمد
وفي رواية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حبل الحبلة وحبل
الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت رواه ابو
داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون
الانعام حتى تضع وعن بيع ما في بطون الابل وعن بيع ما في ضروعها
الابل وعن شرا العبد وهو ابق وعن شرا المغانم حتى تقسم
وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص رواه
احمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عليه الصلوة
والسلام عن بيع هذه الاشيا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة

لا يدري ايكون امرا ولا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين
كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار
بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما يحمله الجنين ان كان انثى
وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهى عنه النبي صلى الله
عليه قال رحمه الله واللبن في الضرع لما روينا ولما روى انه
عليه الصلوة والسلام نهى ان تباع ثمرة حتى تطعم وصوف على
ظهر غنم او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه
يزداد ساعة فساعة ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي
الى النزاع ولا يحتمل ان يكون نفاجا من الريح وليس فيه
لبن قال رحمه الله واللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا اذ
وقد نهى عنه عليه الصلوة والسلام الا ترى انه مجهول فيه
ولا يعلم وجوده ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو
كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا
ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما
اذا باع ترابا الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها
معلومة قال رحمه الله والجذع في السقف وذراع من ثوب
لانه لا يمكن التسليم الا بالضرر فيه يلزمه سواء ذكر موضع القطع
ام لا وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
او يبعوض القانص في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو

نفاجا بالجيم غلط

النهي عن الغرر لانه مجهول القدر والصفة قال رحمه الله
والمزابنة وهو بيع التمر على راس النخل بتمر مجدود مثل كيله
خرصا لحديث انس انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع المحاقلة
والمحاقلة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري
والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة
مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه
باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا
موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز
وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي
انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر الا
اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي
وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وقوله عليه الصلوة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والملح بالملح والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد
او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري
واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها
الامة بالقبول فلا يجوز تركها قال رحمه الله والملامسة
والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان
يتساوم الرجلان السلعة فاذا لمسها المشتري او نبذها

اليد البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول
بيع الملامسة والثاني بيع المزابنة والثالث القاء الحجر وقد
نهي النبي صلي الله عليه وسلم عنها بما رواه روينا وعن ابي سعيد
انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع الملامسة والمنابذة
في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار
ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر
بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري
ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا
فصار في المعني كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر
فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس هو ان يقول
بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمسته لمستك فقد وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته
اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع
والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر
وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان يمسه بيده
ولا ينشره ولا يقلبه قال رحمه الله وثوب من ثوبين
والمراعي في اجارتها اي لا يجوز بيع المراعي واجارتها والمراد
بها الكلا دون رقبة الارض لان بيع الارض جائز واجارتها
اذا كان مالكها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس

مملوكه

مملوك له اذ لا يملكه بنباته ما لم يحرزه لقوله عليه الصلوة
والسلام المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار
رواه احمد وابن ماجه وابو داود من حديث ابن عباس وزاد
فيه وثمنه حرام وهو محمول علي ما اذا لم يحرزه لقوله عليه الصلوة
والسلام لا يمنع الماء والكلاء والنار ومعناه ان لهم الانتفاع
بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض
والانهار المملوكة وليس له ان يمنع الناس من الدخول في
ارضه واذا طلب احد ما يلزمه احد امرين اما يخليه يدخل
ياخذ الماء او يخرج له هو وكذا لهم الاحتشاش من الارض
المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو علي ما ذكرنا في
الماء في الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه واجارته وان كان
في ارضه لعدم الملك فيه لانه استهلاك العين والاجارة لا
تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولي والاجارة
في الطين والصبغ لكونها الة العمل تبعا وضمنها هذا اذا نبت
الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها اما
وهياها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتي لا يجوز
بيعه قبل الاحراز قال رحمه الله والنحل وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا
لانه حيوان ينتفع به ويباع دونا لقز وبيضه وهذا عند

محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود
ومع محمد في بيضه ولا الآبق الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي
الآبق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه قال
رحمه الله ولبن امرأة يعني لا يجوز بيعه من حرة او من أمة
ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار كسائر المائعات
قال رحمه الله وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي لا يجوز
بيع شعر الخنزير ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر
باعزازه في غير الآدمي ونجاسته تشعر بهوان المحل وانما جاز
الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والخفاف لا يتأتى
الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز
يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح الميتة فشعره
اولى وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون
شعر الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك
حالة الضرورة واما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع
ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان
اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي
يوسف قال رحمه الله وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر
الانسان والانتفاع به لان الآدمي مكرم فلا يجوز ان يكون

لهم جزؤه مهانا وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله
الواصلة والمستوصلة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من
اهانة المكرم وعند محمد رحمه الله انه اجاز الانتفاع بشعر
الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي انه عليه الصلوة
والسلام حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا
يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس
الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى
الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في
المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى
لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال ورخص
فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النسا وذوائبهن قال
رحمه الله وجلد الميتة قبل الدبغ وبعده يباع وينتفع
به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني
بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز عظم الميتة ووبرها الى اخره
قال رحمه الله وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعدما سقط
لان له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو
ما يمكن احرازه وقبضه والهوا لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه
قبل الانهدام باعتبار البنا القديم بخلاف الشرب حيث يصح
بيعه تبعا باتفاق الروايات وان سقط العلو بعد البيع

قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع
المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتمل
وجهين احدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثاني حق
المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به الاول فالفرق
بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز
بيعه واما رقبة المسيل فمجهول لانه مقدار ما يشغله الماء من
الارض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين
حدوده جاز قال رحمه الله وامة تبين انه عبد وكذا عكسه
اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد
او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان
والقياس انه يجوز وهو قول زفر رحمه الله ولانه اختلاف
الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب
الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا اشترى كبشا
فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه قال رحمه الله وشراء ما
باع لاقل قبل النقد ومعناه انه لو باع شيئا فقبضه
المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه باقل من الثمن
الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان
الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن

كما اذا باع من غير البائع او منه بثمن مثل الثمن الاول او
باكثر او بعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي عن ابي
اسحاق السبيعي عن امراته انها دخلت على عائشة رضي الله عنها
فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني
بعت غلاما من زيد بن ارقم بثمانمائة درهم نسيئة واني
ابتعته منه بستمائة نقد فقالت لها عائشة بئس ما شريت
وبئس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل
على ان العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على انها قالته
سماعا ولا يدل على انها قالت اني بعته الى العطا فلعلها انكرت
عليهما لذلك لانا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع
الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه
فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه
وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض
وكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا
اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح فيه حصل للمشتري
بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا يجوز له شهادته
كولده او والده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك

متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه
حق الملك وكان تصرفه كتصرفه وله ان شراء هولا كشراء
البايع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في
البيع اذا عقد مع هولا فانه لايجوز ولذا لو باعه المشتري
او وهبه من رجل او اوصى به لرجل ثم اشتراه البايع الاول
من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف الملك كاختلاف العين
أصله حديث بريرة قال عليه الصلاة والسلام هي لها صدقة
ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه اذا
تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع باقل من الثمن
الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما لم يظهر الربح اذا
صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج
عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان
بمقابلة الحادث عند المشتري وكان مشتريا ما باع بمثل
الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث
الذوات لانه لو نقصت قيمته بتغير في السعر لم يجز شراوه
باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق
الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر
الربح قال رحمه الله ولو امر ذميا بشرى خمر او بيعها صح وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع

الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان
التوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا
التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية
حيث لا يجوز بالاتفاق ولانه بين الوكيل والموكل يجري بحكم
المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة المشتري
الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري
التحالف عند التجاحد ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل
لنفسه التصرف والموكل بحكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر
والخنزير الارث بان كان الذمي فاسلم قبل ان يسيب الخنزير مات
ويحل ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره ويبقى على ملكه
بخلاف توكيل المسلم المجوسي انه يزوجه المجوسية لانه سفير
كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه
ثم يتصرف بثمن الخمر الذي حرم بيعها حرم شراوها واكل ثمنها
في التوكيل بشراء الخمر تملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع
بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع
بها قال رحمه الله وامة على ان يعتق المشتري او يكاتب
او يدبر او يستولد اي يجوز بيع امة على ان يفعل بها المشتري
شيا من هذه الاشيا لنهيه عليه الصلوة والسلام عنه وشرط
والاصل فيه ان كل شرط يقتضيه العقد وهو غير ملايم له

ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة
لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم للعقد كالرهن
والكفالة جاز لانهما للوثيقة والتاكيد لجانب الاستيفا
والمطالبة لان استيفاء الثمن يقتضي العقد وموكد ملايم
له ان كان معلوما بان كان الرهن والكفيل معينين او
شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار للاجل او شرط فيه
ما جرى التعامل فيه بين الناس كشراء النعل على ان يحذوها
البائع او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وهم
البائع والمشتري لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل
او لكونه ملايما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من
زيادة عرية عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسبب
المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع
الاسباب في المعاملات قطع النزاع وقال الشافعي رحمه الله
يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما هو
قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق
فاشتراطه فيه مثله مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد
والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة اي بيعه ممن يعرف انه

يعتقه

يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة
او نذر ولو باع جارية بشرط ان يطاها المشتري او شرط
ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيها
لان قضية الطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال
ابو يوسف صح الاول لان العقد يقتضيه ويفسد في الثاني
لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني لم يقتضه العقد
فلا يرجح نفعه الى احد وكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي
الى النزاع فلا يفسد قال رحمه الله او الا حملها اي لا يجوز
بيع الامة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه ولانه بمنزلة
الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع
وكذا استثنا الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد
العقد والاستثنا كالبيع والكتابة والاجارة والرهن لان
هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في
الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم به
العقد حتى لو كان بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله ان
يخرج لان الكتابة لا تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق
المولى وتشبه المال من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا
بالشبهين في الحال وفي وجه العقد صحيح والاستثنا باطل

كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
فلا يبطل العقد ويبطل الاستثنا ويكون الحمل تابعًا للام في
هذه العقود حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثنا
وهو الوصية حتى لو اوصي بجارية لانسان الا حملها صح وكذا
لو اوصي بحملها لاخر لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري
فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو
اعتق الحمل وحده صح قال رحمه الله او يستخدم البايع شهرا
او دارا علي ان يسكن او يقرض المشتري دراهم او يهدي له او يسلم
الي كذا او ثوبا علي ان يقطعه البايع ويخيطه قميصًا لان
هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة لاحدهما
فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن مقابلة العمل المشروط فهو
اجارة مشروطة في بيعه وان لم يكن بمقابلته شي فهو اعارة
مشروطة فيه ونهي النبي صلي الله عليه وسلم عن صفقة في
صفقة قال رحمه الله وصح ان يبيع نعلا علي ان يحذوها
او يشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه
العقد وجه الاستحسان ان الناس يتعاملونه وبمثله يترك
القياس ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والحمام
وان كانت اجارة علي استهلاك الاعيان قال رحمه الله
لا البيع الي النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود

ان لم يدرك المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الي هذه
الاجال لانها مجهولة فتفضي الي المنازعة وقالوا اذا باع
الي فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم
بالايام وهي معلومة قال رحمه الله والي قدوم الحاج و
والحصاد والدياس والقطاف لا يجوز البيع الي هذه الاجال
لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان الاشيا من
افعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت
بالاوقات قال الله تعالي يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت
للناس والحج وكذا الي الجداد لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا
الي الجذاذ بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص
في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وقرا قوله
تعالي واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطف العنب من
الكرم والدياس ان يعطي الطعام الدواب قال رحمه الله
ولو كفل الي هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي
محتملة في الكفالة لكونها تبرعًا فيجري التسامح فيها وان
سقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الي هذه الاجال ثم اسقط
المشتري الاجال قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس
وقدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد
انعقد فاسدًا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا باع

سقط الدرهم الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا
تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل اذ المفسد شرط
خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة
فيه فينقلب صحيحا عند ازالته او نقول انعقد موقوفا
فبالاسقاط تبين انه كان جايزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح
لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة وقبل مجيئه
لا منازعة فلا يفسد والاول اصح قول مشايخ العراق وعلى
هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد بعد ما فسد
عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزايد لان
الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف
الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة وقوله
ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقط من له الحق فيه وهو
المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه
التراضي قال رحمه الله ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة
ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او عبده
وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما
الاول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه
اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد

بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد منهما ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة
ابتداء وهو لا يجوز ولهما ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها
بالصحة والفساد فيبطل ولهذا لان الحر والميتة لا يدخلان
في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر
والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما
الثاني فهو على قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل
العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر وام
الولد وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في
الملك فيفسد كالفصل الاول قال رحمه الله ولو باع
قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لا يصح لما ذكرنا وقال في
المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على
المحل الموقوف لانه مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف
وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما
ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثنا للمساجد فيكون
كانه باعه غير مواضع المساجد والله اعلم فصل قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد وكل عوض ملك المبيع بقيمته
معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البايع
وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه
قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل
فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر البايع والمراد
به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك ولا بد له من اذن

صورح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لان البيع
تسليط منه علي القبض اذ مراده انه يتملكه المشتري ولا يكون
ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة
بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه علي
القبض فلا حاجة الي اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن او
قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان ما يملك
به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا حاجة فيه الي
التصريح وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض
لانه دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم التلف لانه به
يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات
الامثال ملك بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا صورة ومعني
فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا علي قول مشايخ
بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف
خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله
وقال ايضا من اشتري دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها
للشفيع ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشتري
له جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر اذا
وقع الفساد وردها الي البائع وكذا لو اشتري جارية وردها
علي البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم تخرج عنه لما وجب وانما
يحل له التصرفات من الوطئ والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان
الاشتغال بالوطئ ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا

قال رحمه الله ولكل منهما فسخه يعني علي كل واحد منهما
فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعني علي
قال الله تعالي وان اسأتم فلها اي عليها ويتمكن كل واحد من
من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد
الملك قبل القبض فكان من البيع الذي فيه الخيار فكان كل
واحد منهما بسبيل بفسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف علي علمه
لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزم بدون علمه واما بعد القبض
فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الي احد
البدلين كالبيع بالخمر والخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ
لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زائد ان كان الي اجل
مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له
منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد رحمه الله لان
منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا علي تصحيحه
بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح بقدرته عليه فلو
فسخ الآخر لبطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه
مستحق النقض حقا للشرع فانتفي اللزوم عند العقد ومن
له النفع قادر علي تصحيحه بالحذف والكلام علي ما قبل التصحيح
فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه
قال رحمه الله الا ان يبيع المشتري او يهبه او يحرره عليه

اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن
يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فتنفذ فيه تصرفاته
كلها وينقطع به حق البايع في الاسترداد سواكان تصرفا يقبل
الفسخ اولا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق
البايع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف
يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فينفسخ والنكاح لا يمنع
فسخ البيع فيفسخ ويرد على البايع والنكاح على حاله وما
عداهما من التصرفات يقطع الاسترداد لانه تعلق به حق العبد
والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب
حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى بخلاف حق الشفيع حيث
ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان اولي بالشفع
ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع
باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان
الثاني اولي بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها
فكانت اولي ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البايع فلا
ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري عجز المشتري او
فك الرهن يعود حق الاسترداد سواكان بقضا او بغير قضا
لانه يعود اليه ملكه في الوجهين قال رحمه الله وله ان يمنع
المبيع عن البايع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد

قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البايع
الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به
حتى يستوفي الثمن لانه يتقدم حال حياته فكذا يتقدم على تجهيزه
بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو
استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن الثمن رهنا فاسدا
او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر
وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا
تفاسخا لانها معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان
مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض
من سائر الغرماء قال رحمه الله وطاب للبايع ما ربح لا للمشتري
اي لو اشترى شيا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير
وربح كل واحد منهما طاب للبايع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري
ما ربح في المبيع وعلى هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في
المغصوب قال رحمه الله ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها
اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له ما ربح اي ربح في
الدراهم وكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين
ويروى بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو
لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كرها لما روي

عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام نهى ان
يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواه احمد ومسلم والبخاري
وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه
ولا يسوم على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا
يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع
الشرا وروى احمد عن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام
قال لا يبيع احدكم ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له
وروى النساي انه عليه الصلاة والسلام قال لا يبيع احدكم
على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا
به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة
يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان
يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح
قلب البايع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم
يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه بازيد لان
هذا بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه الصلاة والسلام
باع قدحا وحلسا من يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع
الفقراء والحاجة ماسة وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد
الاتفاق والتراضي قال رحمه الله وتلقي الجلب اي كره
تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى

الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شا من الثمن وانما كره لقول
ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام نهى ان تتلقى الجلب
الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما من ايمة الحديث هذا اذا
كان يضر باهل البلد بان كان في قحط وان كان لا يضرهم
فلا باس به الا ان يلبس السعر على الواردين قال رحمه الله
وبيع الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه عليه الصلاة والسلام قال لا تتلقوا الركبان ولا
يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما معنى قوله لا يبيع حاضر لباد
قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم
وعن جابر انه عليه الصلاة والسلام قال لا يبيع حاضر لبادي
دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم والبخاري
وابو داود وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع
حاضر لباد وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري ومسلم
واحمد وقال ابن عباس رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم
ان يبيع حاضر لبادي رواه البخاري ومسلم والنساي وتفسيره ما
ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان
اهل البلد في قحط وعوز لبدو وهو بيع من اهل البدو طمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن كذلك
فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي

السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلا
من السعر الموجود وقت الجلب قال رحمه الله والبيع عند
اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولأن فيه اخلالا بالواجب
على بعض الوجوه وهو السعي بان قعدا للبيع او وقفا له
وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به
وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله
تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون
تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي ثم الاذان المعتبر في
تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد
بيناه في كتاب الصلوة قال رحمه الله لا يبيع من يزيد
ولا يفرق بين صغير وكبير وذي رحم منه سوا كان الاخر صغيرا
مثله او كبيرا لقوله عليه الصلوة والسلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة رواه
احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني
النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت
بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارجعهما ولا تبعهما
الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب الى النبي صلى الله عليه
وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك
فاخبرته فقال لي رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن

ابي

ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين
الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني
وعن علي رضي الله عنه انه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي
صلى الله عليه وسلم ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني
ولان الصغير يستانس بالصغير والكبير بالكبير ويشفق
عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب
القرابة وفي التفرقة بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة
وقال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا
فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له
والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق فلا
يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان
التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرورة
عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر
بغيره وهو المولى وهذا يتضرر بالزامه القيمة للغرما والزامه
المعيب من غير اختياره وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج
احدهما بالتدبير والاستيلاد ~~وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر~~
~~اخراج احدهما~~ والكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان

فيه تفريق لانه انفع له من بقايه علي العرف ولانه ليس بتفريق
معنى لان الحر يقدر ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع
احدهما من حلف بنفقة اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق
ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه وتبعه وهو لا هما
كافر يومر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقايه في ذل الكافر
وفي النهاية كلمة اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او
ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق
لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع
ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت
جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل
الاب والام او الاخت لاب والاخت لام وابوين بان ادعاه رجلان
معا او عمه وخالة لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله
بكل واحد منهما استيناس فلا تدل للاستيناس وان اتحدت جهة
قرابتهما كالاخوين والخالتين او العمتين لاب وام او لاب
او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مراعي به فيبيعه او
يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوايجه وان كان
احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام والجدة عمة او خالة
او احد الاخوة والاخوات لا يعتد بالابعد لان شفقته مع الاقرب
لا يعتد بها ونفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من

الايحاش

الايحاش للصغير او لا ضرار باهل البلد او بالوارد في اذا
اذا ابتلى لسعر عليهم ونحو ذلك على ما بيناه فلا يوجب الفساد
وعن ابي يوسف انه يفسد في الجميع لقوله عليه الصلاة والسلام
رد البيع في الاولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في فاسد
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الي محله فينفذ والرد
لمعنى مجاور له من غير اتصال به فلا يوجب الفساد كالبيع عند
الاذان وكما لو شري ما سامه غيره والمروي محمول علي الاقالة
او بيع الاخر ممن باع منه احدهما قال رحمه الله بخلاف الكبيرين
او الزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس
في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لا
الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص
عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم
امراة معها بنتها وكان ابو بكر عليهم اميرا فلما قدموا المدينة
قال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها
اعجبته ولم يكشف ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها
عليه الصلوة والسلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين
ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق
عليه السلام بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو
كان مع امراة صبية اختا ادعت انها ابنتها لا يثبت نسبها

منها لانهما تحمل النسب علي الغير ولا يفرق بينهما وبينه لان قول
الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد
وجد فيه امارة الصدق والله اعلم

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازال القول
الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يصح
هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر ولو كان من القول لقالوا
قلته بالضم وقد قالوا اقاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول
وهي مشروعة ومندوب اليها لقوله عليه الصلاة والسلام
من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ثم قال
رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا
عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعلها فسخا
بان ولدت المبيعة بعد القبض وهكذا المبيع في غير المقايضة
فتبطل الاقالة ويبقى البيع علي حاله لتعذر الفسخ لما ذكرنا في
باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ علي ما ذكرنا بعد هلاك
المبيع وهذا اذا تقايلا بعد القبض واما اذا كان قبل القبض
فهي فسخ في غير العقار في حق الكل لتعذر جعلها بيعا وقال
ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كان كانت قبل القبض
في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة
فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت

قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاكه باكثر من الثمن
الاول او باقل منه او بجنس اخر وبعد هلاك السلعة في غير
المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول علي حاله لان بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد بينا
خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان
تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت
المبيعة بعد القبض فتجعل بيعا جديدا في حق الاخر قال
رحمه الله ويصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر والاقل
بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه عين ما يرد عليه العقد
كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط بعدم جواز
اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب
عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب
ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات
بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة
بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح
وعند محمد يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة
بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا تكون فسخا ثم فائدة
كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل
الاولى منها ان يجب على البائع رد الثمن الاول وما سميا بخلاف

بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولو كانت بيعًا في حقهما لفسدت والثالثة اذا
تقايلا ولم يسترد البايع المبيع حتى باعه منه ثانيًا جاز ولو
كانت بيعًا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري
لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والثالثة اذا وهب المبيع من
المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعًا
لا تنفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض والرابعة
لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن
ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز
قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فايدة ذلك في خمس مسايل
احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا
يقضى له بالشفعة لانها بيع جديد في حقه كانه اشتراه
منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع
على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك
لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى
شيا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد
الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد الثمن باقل من الثمن الاول
جاز ولان في حق البايع كالمملوك بشرا جديد من المشتري الثاني
والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له في حق

الواهب

الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى
ببعض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به
عيبًا فرده بغير قضا واسترد العروض فهلكت في يده فانه
لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير
لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في حق ثالث
يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجري على
اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد
وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من
موجبات العقد فانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر
بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين
الموجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا لا
كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه
وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كما لو باعه ثم شهد
انه لغيره ولو كان فسخا لقبلت قال رحمه الله **وهلاك
المبيع يمنع** اي يمنع صحة الاقالة لان شرط الاقالة قيام
العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل فلا يبقى
بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان
الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت
له حكم الوجود في الذمة في العقد فكان حكما للعقد وحكم

الشي يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق
فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض
قال رحمه الله وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع
يمنع صحة الاقالة لان الجزء معتبر بالكل فينعقد بقدره في
ولو تقايضا عبدًا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي
منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قايمًا بخلاف ما لو
هلكا جميعًا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان
في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود
عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه
وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة
الاقالة والله سبحانه وتعالى اعلم

باب التولية

وهو ان يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري منه
واليًا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي
يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا
يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة
وهي البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله والتولية
بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول
بعضهم مما نقل ما يملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة
ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما يملكه بالعقد الاول حتى

لو

لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز
له ان يبيعه مرابحة وتولية على ضمن وان لم يكن فيه نقل ما
ملكه بالعقد والعقدان جايزان شرعًا لاجتماع شرايط البيع
ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى
التجارة يحتاج ان يعتمد الى فعل الزكي المهتدي فيها وتطيب
نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة
والاحتراز عن الخيانة ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات
فوجب القول بجوازهما ولما اراد عليه الصلاة والسلام الهجرة
ابتاع ابو بكر بعيرين فقال عليه الصلاة والسلام ولني احدهما
فقال ابو بكر هو لك من غير شي فقال اما بغير ثمن فلا
قال رحمه الله وشرطها كون الثمن الاول مثليا لانه اذا
لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة
فلا يجوز الا اذا باعه بذلك الثمن اي البدل ممن يملكه او
وبه بزيادة ربح معلوم فيجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه
به او بعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة
ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا
فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم
يكن عالمًا به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد
برقمه ومن شرطها ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم

لا تجوز فيها المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا تتصور
فيه المرابحة ولا التولية والمغصوب غيرها وجب بالعقد
قال رحمه الله وله ان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ
والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جرى
بالحاق هذه الاشيا براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد
ذلك خيانة اذا تبين لدو الاصل في ذلك ان كل ما يزاه في
المبيع او في قيمته يلحق به هذا الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة
لان الصبغ والفتل والقصارة تختلف باختلاف الاماكن
وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة العمل والخياطة ونفقة تجصيص
الدار وطي البير وكري الانهار والقناة والشاة والكراب وكسح
الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيا من ذلك
بيده لا يضمنه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته
واجرته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد
والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا يضم اجرة الدلال بالاجماع
وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي المخزن يضم
لانه تزاد قيمته حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال
رحمه الله ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا
عن الكذب ولا يضم اجرة الراعي والتعليم وكرا بيت الحفظ لعدم
العرف بالحاقه براس المال ولان الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين

والطراز ثوب يعمل فيه العلم من الحرير او الصوف
ينسج فيه العلم او يعمل في ثوب غيره

ولا ينقص ولا في القيمة وثبوت الزيادة في الحفظ والتعليم
لمعنى في نفسه وهو زكاة ورهق ولا يضم حفر البير ويضم اجرة
من يذبح الحيوان ويسلخه واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللولو
ولو زوج العبد لا يضم المهر الى راس المال ولا يحط مهر الوزو جها
ولا يضم اجرة الطبيب والبيطار والحجامة وجعل الابق
ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والندا في الجنانة
لان التجار يضمون هذه الاشياء الى راس المال ولانهما
لا تزيد شيا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقهما براس المال
والذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت
العادة فيه بينهم قال رحمه الله وان خان في مرابحة اخذ
بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يحطهما وقال محمد يخير فيهما باختيارهما بثمن معلوم
فينعقد بالمسمى فيه كما لو باع مساومة وذكر المرابحة والتولية
للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فاذا فات الوصف
المرغوب فيه تتخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا
ولابي يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا تنعقد
بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التقدير
فلا بد من بقاء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر الخيانة

في العقد الأول لم يكن ثابتا فلا يمكن اثباته في العقد الثاني
فيحط ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن
لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من
الربح ايضا بحسابه لأن الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة
سقط معه وما اصاب غيره سقط معه ولابي حنيفة في الفرق
بينهما ان التولية بنا على العقد الاول من كل وجه فلا بد من
تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد
الأول والتولية عقد مبتدأ باشرايهما باختيارهما وليس مبني
على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية
الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح
فينعقد بما سميا ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه
لا يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف
ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما
ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية
فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده
او حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن وسقط خياره عند
ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور في قول محمد لانه مجرد خيار فلا
يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف العيب لان
المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه سقط

ما

ما يقابل من الثمن قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه
بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان
احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باع بربح ثانيا بعد ما اشتراه
ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان باعه مرابحة
وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى
ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه
يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه
بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه
مرابحة عنده اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في
الفصلين لان الاخير عقد متجدد فينقطع الاحكام عن الاول فيجوز
بنا المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري
من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البائع ثم اشتراه الاول منه
فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير الا ترى ان شهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان
على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد
حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا
وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون درهما بالعشرين
ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولو اشترى

ماذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر لم
يبعه مرابحة على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا
بعشرين ثم باعه من عبده الماذون له في التجارة المستغرق
في الدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد
الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين
او التصرف به شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا
يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على
الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه
دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك ما كان له
وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قول من غير بينة ولا يمين
فينفي عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة
لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر
خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من
سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه
وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة
فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في
المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا

كالماذون

كالماذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله ولو كان
مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان
من عمل هذا مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة
عشر فانه يبيعه باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو
درهمان ونصف مسلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط من
الثمن فبقي اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال
زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا
يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان
كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم
من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته
ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان
البيع يتبع الفائدة لان الملك غير وقد وجدت الفائدة
هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فلانه
ملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملك قبله وان كان
ملكه قال رحمه الله ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب
اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطئ الثيب يبيعه مرابحة
من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا
لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير ان

المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع ا
لبضع لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم يقصدها فالامانة
بالصدق وهو صادق اذا نفي جميع ما يقابله الثمن قال رحمه
الله وبيان بالتعيب ووطي البكر اي يبيعه مرابحة بشرط
ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعييب منه سوا كان ذلك
بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه من العين صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطي البكر تعييب لان العذرة
جزء من العين فاذا نالها تعيب فيقابلها جزء من الثمن وان تعيب
بفعل المعيب في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو
تعيب بافة سماوية فجاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان
فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم
يبيعه مرابحة من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم
اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه
بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث
به العيب لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه
الصلاة والسلام من غشنا ليس منا فلا يجوز اخفاوه ثم في كل
موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري
ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا
فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه من غير بيان ولو تكسر

بنشره

بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال
رحمه الله ولو اشترى بالف نسيئة وباعه بربح مائة ولم
يبين خير المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبها
بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له
الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة ونقول ان الثمن المؤجل
انقص من المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النسا في الاموال الر
الربوية فيكون ما اخذه من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له الخيار
عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا
يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما
مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله فان اتلف فعلم
لزم بالف ومائة اي ان اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة
ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال
متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه ترفه فيزاد الثمن لاجله
فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب
لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة
قال رحمه الله وكذا التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار
ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك والاستهلاك لا خيار له بل يلزمه
جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد قيمة الهالك

ويستزد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفي عشرة زيوفا مكان
عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد الزيوف ويرجع بالجياد
وقال الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال
وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان
الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه بل معتادا متعارفا
بينهم انه يوخذ في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لانه
المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان
الثمن حال وان شا نجمه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا
في المغبون غبنا فاحشا له ان يرده على بايعه بحكم الغبن وقال
ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتي برواية الرد
رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البايع اذا
قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا
فاشتراه بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم انه غره
وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرده كيف ما
كان والصحيح ان يفتي بالرد ان غره والا فلا قال رحمه الله
ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه
فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله
وان علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد
الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة

كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير
الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب
وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اوله فيصح
على تفويت الابتدا واما بعد الافتراق فاصلاحها لا ابتدا تقرر
الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره
بيع الشي برقمه فان البيع فيه فاسد فان اعلمه البايع في
المجلس صح والا فلا قال رحمه الله فصل صح بيع العقار
قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه
حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل القبض
فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل قبضه ولهما
انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مفقود
فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد
وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعيينه ليصير هالكا
حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك
بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر الانفساخ
العقد بالهلاك قبل القبض وهذا لا يتصور فيه الا نادرا
والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق
قبل القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول بان

التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه قال
رحمه الله لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض
لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما
فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر
انفساخ العقد على اعتبار الهلاك والغرر حرام لما روينا
لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد
الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب
العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته فكان للبايع حبسه
بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البايع نظرا له
وان نقد الثمن نفذت الكتابة كزوال المانع ولو ذهب المبيع
قبل القبض وتصدق به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز
عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز
عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض
وغير البايع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فيجوز فيصير
قبض المامور قبضا له ولا حكم للنيابة ثم يصير قابضا لنفسه
بالتمليك بخلاف البيع لانه يفسد الملك قبل القبض وتمليك المبيع
قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته
لانها بيع المنفعة فلا يجوز ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض
لانه عقد لا غرر فيه قال رحمه الله ولو اشترى مكيلا كيلا

حرم

حرم بيعه حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي ولو
اشترى المكيل بشرط الكيل والموزون بشرط الوزن او المعدود
بشرط العد لا يجوز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن او
العد لقول جابر انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري رواه
ابن ماجه والدارقطني وعن ابي عثمان انه قال كنت ابتاع التمر
من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل
واذا بعت فاكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام
القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا
تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط في المقدرات والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة
لان الزيادة له اذا وجده اكثر من كيل البايع بان كان له قبل
البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع
ثمنا لانه بذلك التحق بالعدد في جواز زيادة الثمن على ما بينا فصار
البيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع و هذا
لان المقدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة
فيما لا يضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره
التبعيض وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون

وانما لا يجوز قبل القبض

في غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف
فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما اخذ معنى تعيين
المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو
كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان
الوزن والكيل من تمام القبض قال رحمه الله لا المذروع اي
لا يحرم التصرف في المذروع قبل القبض قبل الذرع وان اشتراه
بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله
للمشتري بلا زيادة ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا
اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف حتى يذرعه
وقد بيناه من قبل فافهم قال رحمه الله وصح التصرف
في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه
الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك
في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان ما وجب في الذمة
والقبض لا يرد حقيقة وانما يقبض مثله عينا فيكون مضمونا
عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف
ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف
جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع
فناخذ موضع الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان
يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان

غيره

ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين
في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف
في الثمن تمليكه من عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز له
ان يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله والزيادة فيه
والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز
للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط من الثمن وان
يزيد في المبيع ويلحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع
ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة
ولا للبائع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري
المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر
والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه لانه ملك المبيع
وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه
فصار برا مستقلا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلحق باصل
العقد بل هو مبتدا فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط
والزيادة يغيران الصفقة وصف مشروع وهو كونه خاسرا او
مرابحا او عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما
باسقاط الخيار او غير لازم باشتراطه بعد العقد بل ان يرفعا
العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل

فاولي ان يكون لهما ولاية التقييد لانه دونه لكونه وصفا
له فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشي
يقوم لا بنفسه دل عليه قوله تعالي لا جناح عليكم فيما تراضيتم
به من بعد الفريضة وهذا نص علي ان حكم الزيادة المفروضة
بعد العقد كحكم المفروضة في العقد الا ما قام الدليل عليه
وقد قام الدليل علي ان لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول
الا ما كان مسمي عند العقد ولهذا لم يسم في العقد شيا وعلي اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا
غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لانه
ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة
بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يودي الي تبديله فلا
يلتحق به قال رحمه الله وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز
تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه او يوخره
الا ترى انه يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجله الي اجل
مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح
وان كانت يسيرة كالتاجيل الي الحصاد جاز كما في الكفالة
وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك
هو يقول انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في ساير الديون
ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة

ولا

ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد
الماذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتي يلزمه رد مثله
فعلي اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كالاعارة لان المعير اذا
وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلي اعتبار الانتهاء لا يجوزه
التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النسا لا سيما اذا كملت
العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع
ملزما علي المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالي ما علي المحسنين من
سبيل بخلاف ما اذا اوصي ان يقرض فلانا من ماله الف درهم
الي سنة يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتي تمضي المدة لانه
وصية بالتبرع والوصية يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى
انها تجوز بالسكني والخدمة وتلزم والله سبحانه وتعالي اعلم

باب الربا

قال رحمه الله هو فضل مال
بلا عوض في مقابلة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق
الزيادة قال الله تعالي وما آتيتم من ربا ليربو في اموال الناس
فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع رباة لزيادته علي ساير
الاماكن ارتفاعا والربا يحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالي واحل الله البيع وحرم الربا واما
السنة فلما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلي الله
عليه وسلم قال لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده

رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام لا
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد
فمن زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سوا
رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل
الملايكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
درهم ربا ياكل الرجل وهو يعلم اشد من ثلاثة وثلاثين
زنية رواه احمد واجتمعت الامة على تحريمه حتى يكفر
جاحده قال رحمه الله وعلته القدر والجنس يعني
بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي
العلة الطعم في انفراده بالمطعومات والثمنية بانفرادها
في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال
كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام
مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد
وجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره
يدل على انه علة اذا ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على
ان ما منه اخذ الاشتقاق علة له كما في قوله والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة نعلله القطع والجلد السرقة والزنا

ولان

ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا
تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على
تضييق تحصيله لان الابتدا بالنهي مشعر بان حرمة البيع
أصل فيه والجواز بعارضه وهو التقابض والمساواة تخلص
اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه
على عزته وخطره كتملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود
والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهو الطعم
في المطعومات لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء
الاموال التي هي مناط مصالحها بها ولا اثر للجنسية والقدر
في زيادة العزة والخطر لوجودها في خطير وحقير لكن الحكم
لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع
الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان
العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى
العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك رحمه الله
العلة الاقتيات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص
بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطرية
اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة
وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا
كان نوعا واحدا وما كيل مثل ذلك فاذا اختلف النوعان

فلا بأس بذلك رواه الدارقطني وجه التمسك به انه عليه
الصلاة والسلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص
على انهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق
ينبئ على علية مأخذ الاشتقاق كذلك الحكم فيكون تقديره
المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل والوزن مع الجنس
والذي يدلك عليه حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة رضي الله عنهما
فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل
رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر كذا فقال
انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة
فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال
في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من
اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول
الموزون كله والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما
ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين
المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو
عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما
والمراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشبهة انه عليه الصلاة
والسلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون

بالكيل والوزن لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا
يكون من الاموال الربوية ولان الاموال الربوية هي التي تكون
من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من
الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا
يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة
والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال
رحمه الله فحرم الفضل والنسا بهما اي بالجنس والقدر لما
بينا انه علة والنسا فقط باحدهما اي حرم النسا وحل التفاضل
لوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير والجنس
دون القدر كالهروي بالمروي لقوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا
اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد
رواه مسلم واحمد وغيرهما من ايمة الحديث ولان لاجتماعهما حكم
العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة
الفضل اي عينا بعين وهو القدر لانه تفاضل حقيقة
ويحرم شبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لان شبهة
الفضل ليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال
احدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت

باحدهما حرمة النسا لانا نقول حرمة احدهما علة تامة
لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربا
الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن
من كل وجه وان لم يجمعهما لجاز النسا ايضا كالنقدين مع القطن
ونحوه لان كل صفة وزنهما مختلفة اذ النقدان يوزنان
بالصنجة ولا يتعينان بالتعيين ويجوز الصرف فيهما قبل
القبض ولانه عليه الصلوة والسلام قال من اسلم فليسلم في كيل
معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن مطلقا اذ الدراهم الغالبة
في راس المال ولو لم يجز لكان ردا له بالراي وهو لا يجوز قال
رحمه الله وحل بعدمهما اي حل التفاضل والنساء بعدم
الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز
على ما بينا وصح بيع الكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون
كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا
اما بيع الكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرنا
وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء
وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا لانه يقدر بطريق الوزن
وذلك مثل الادهان فانه موزون غير انه لما لم يستعمل الى وعاء
شق عليهم وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت بالوعا فقدر
بالارطال والامنا فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على ما

قال

قال في الهداية واذا كان موزونا فاذا بيع بمكيال مثله لا
يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه اذا باع
ما يباع بالاواقي بكيل غير الاواقي سوا بسوا لم يجز لانه باع
الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فبطل
لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل وفي النهاية قال الاسبيجابي
فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في
الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا احسن وهو قال الموزونات
فانه لا يعتبر فيه الا الوزن قال رحمه الله وجيده كرديه
ويعتبر التعيين دون التفاضل في غير الصرف حتى لا يجوز
احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك
فيما روينا من حديث ابي سعيد وابي هريرة حين قال له انا
ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاث فقال
لا تفعل مع الجمع بالدراهم الحديث وقوله ويعتبر التعيين قال
الشافعي رحمه الله يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام
بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت
فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي
الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالورق ربا
الا هاوها والبر بالبر الا هاوها والشعير بالشعير ربا
الا هاوها والتمر بالتمر ربا الا هاوها رواه البخاري ومسلم

واحد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد
منهما لصاحبه اي خذ والمراد بقوله يدا بيد في الحديث الاول
القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان
كان مما لا يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه الصلوة
والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في غيرهما
لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما مجاز في الاخر وايهما
كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف ان المشترك لا عموم له
وان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز لانه يؤدي الى تعاقب القبض
بان يقبض احدهما دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان للمقبوض
مزية على غيره فيفوت بدا التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع
متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه او
بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف
الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه التعيين وتعاقب
القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد
بما روي التعيين قال رحمه الله **وصح بيع الحفنة بالحفنتين**
والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة
بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشيا ليست بمكيل ولا
موزون فلا تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد
شرطيها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا

ومادون

ومادون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع
بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون نصف
الصاع بنصف الصاع او اكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار
من احد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل
تحت الوزن كالذرة من الذهب والفضة بما لا يدخل تحته جاز
لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجدت
قال رحمه الله **والفلس بالفلسين** باعيانهما اي البدلان باعيانهما بان كان
الفلس معينا والفلسان معينان وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز
لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا
اذا قابلا الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير وكان
له ان يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها او يحتمل ان ياخذ بايع
الفلس بالفلسين اولا فيرد احدهما قضاء بدينه وياخذ الاخر
بغير عوض او ياخذ بايع الفلسين بالفلس ولا ثم يضم اليه فلسا
فيردهما فيرجع عليه فلسه مع اخر بغير عوض وهو ربا فصار كما
لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والاخر بغير عينه ولهما
ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد
اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما
من الناس **قال رحمه الله** واللحم بالحيوان وهذا عند ابي

حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه
الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون بقدره مقابلا
باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع
اللحم بالحيوان ولانهما من جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالآخر
نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما ان بيع المعدود
بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان
ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل محدد شرعي وهو الزكاة
الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم
ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا
آخر اي نفخ الروح فيه فاذا كان جنسا آخر جاز بيع احدهما
بالآخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف به في
باب السلم الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس
ايضا ولو كان المذبوح غير المسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا
على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الآخر كما اذا
قالا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى
قال رحمه الله والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان
لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا او قطنا وكذا
الغزل والقطن موزونا والثوب ليس بموزون ولو باع القطن
بغزله قال محمد رحمه الله جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما

وقال

وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا وقال محمد اظهر لو باع المحلوج
بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الآخر وان كان لا
يدري لا يجوز البيع ولو باع القطن لغير المحلوج بحب القطن فلا
بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى
يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على
ظهرها صوف او بضرعها لبن بصوف او لبن يشترط ان يكون
الصوف واللبن اكثر مما في الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو
نظير بيع الزيت بالزيتون قال رحمه الله والرطب بالرطب
او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب متماثلا ايضا اما الرطب
بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه
الصلوة والسلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم
فقال عليه الصلوة والسلام لا اذا فسد البيع واشار الى العلة
وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد
المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف فصار نظير
بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن
وقوله عليه الصلوة والسلام في الحديث المشهور التمر بالتمر
مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على
انه تمر ما روي انه اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه كان
تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عليه الصلوة والسلام

اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولأنهما مستويان
في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو
الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما لا يتفاوتان في
المال ويظهر ذلك بالطحن وما رواه لا يصح لأن مداره
علي زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول
علي ان السايل كان وصيا في مال يتيم او وليا للصغير فلم
يرض عليه السلام بهذا التصرف نظرا اذ هو متقيد علي هذا
الاختلاف والوجه ما بينا من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق
كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق بينه وبين الرطب بالتمر
في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول
الرطب علي ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتي يعتدل
واما بيع الرطب بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر علي ما بينا
ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة
جاز البيع وكذا لو باع منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب
مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو لعد اليبس والفرق له بين الرطب بالرطب ومنع غيره
جميعه ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين علي الاسم
الذي عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما علي ذلك

بالرطب فلما روينا انه يتناول لم يجوز

الاسم

الاسم فيكون تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر
المساواة في الحال وكذلك ابو يوسف لاطلاق قوله عليه الصلاة
والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه
يتناول الحنطة والشعير علي اي صفة كان الا ان ابا يوسف
ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتي منعه بما روينا من حديث
زيد بن عياش علي ما بيناه من قبل قال رحمه الله **والحوم
المختلفة** بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل
الدقل بخل العنب وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه جنس
واحد لاتحاد الاسم والصورة ولنا ان اصولها اجناس مختلفة
باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والبر ايضا تختلف فيحقق
من رغب في بعضها دون بعض وقد يضر البعض وينفعه البعض
والمعتبر في الاتحاد في المعني الخاص دون العام ولو اعتبر
العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر
او لبنهما ولحم الضأن والمعز حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر
متفاضلا لانهما جنس واحد حتي يضم احدهما الي الاخر في تكميل
النصاب في باب الزكاة فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود
كشعر الغنم وصوف الاضان او ما يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل
يختلف المقصود ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا
الزبيب المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربي بالبنفسج بغير

المربي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعضه
متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصفة لكونه
غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله ان
الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او تبدل الصفة
قال رحمه الله وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع
بعضها ببعض متفاضلا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
بيعه به اصلا لأن بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف
التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق
بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صارت جنسا
اخر حتى خرج عن ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما
القدر حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي
المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتاخر والسلم فيه
فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن واما
عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الي المبسوط انه لا يحفظ عنهما
خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول
يجوز علي قياس السلم باللحم وبه يفتي للتعامل وفي الكافي ان ابن
رستم ذكر في نوادره علي قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز
وعلي قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا
عددا لما ذكرنا في السلم بل اولي لان باب السلم اوسع حتي جاز

السلم

السلم في الثياب دون القرض وقال محمد يجوز بالوزن والعدد
وقال ابو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت
وعليه الفتوي قال رحمه الله لا بيع البر بالدقيق او بالسويق
يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا
لانه جنسه من وجه وان خص باسم اخر فيحرم لشبهة الربا
لان احدهما بر والاخر اجزاؤه او احدهما دقيق والاخر اجزاؤه
وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق
لا يصير جنسا اخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة
يكفي لثبوت حرمة الربا في دهن السمسم مع السمسم غير ان المعيار
فيهما الكيل وهو غير مساو لهما قال رحمه الله والزيتون
بالزيت والسمسم بالشيرج حتي يكون الزيت والشيرج اكثر مما
في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتي يكون الدهن الخالص اكثر
مما في الاخر كان الثجير بلا عوض مقابل فيحرم ولو لم يعلم ان
الدهن الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر فهو يقول ان الاصل هو
الجواز والفساد طاري عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا
يفسد ما لم يعلم ذلك قلت التوهم في الربا كالتحقق الا تري
الي ما روي عن جابر انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع الصبرة
من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمي من التمر رواه مسلم والنسائي
وروي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع الربا والريبة وهي

تثبت الربا وقال محمد بن مسعود رضي الله عنه كنا ندع
تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف
رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون
فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه
وهو موزون والحرمة باعتباره قال رحمه الله ويستقرض
الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد يستقرض بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما وقد
بيناه من قبل قال رحمه الله ولا ربا بين المولى وعبده
لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه
دين مستغرق رقبته وما في يده وان كان عليه دين لا
يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار
كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة
قال رحمه الله وبين الحربي والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما
في دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو
جائز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد
وهذا العقد وقع فاسدا في دار الحرب فلا يفيد الملك الحلال
فصار كما اذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا ولهما قوله عليه
الصلوة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان

مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم
ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا
اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم
الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي دون
التملك فكان الملك في حق الحربي زائلا بالتجارة كما رضي به
وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستأمن
منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي
في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله
لان ماله غير معصوم منه على ما عرف في موضعه والله اعلم

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق
وبشراء منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ودخل بشراء دار كالكنيف اي لا يدخل العلو
بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وشراء منزل لا
يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه وبشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيئا من
ذلك كما الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه
فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما دار عليه الحدود
من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف

والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر المنزل
هو الدار والبيت لانه يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ
يسكنه الرجل باهله مع نوع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه
اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا
عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيقا
على الشبهين ولو كان خارج الدار معينا على الظلة يدخل
لانه يعد من الدار عادة ويدخل بئر الماء والاشجار في صحنها
والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار
ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن
حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا
فصار تبعا لها قال رحمه الله لا الظلة الا بكل حق اي لا تدخل
الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق او نحو ذلك مما ذكرنا
وعند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما
ذكرناه اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو
والكنيف ولابي حنيفة انها خارجة عن الحدود ومبنية على هوا
الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث
ان قرار طرفيها الاخر على شيء اخر فصارت تابعة من وجه دون
وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا قال رحمه الله
ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة

اي لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل
حق ونحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها من غير شرط
لان هذه الاشيا تابعة من وجه حيث انها تقصد للانتفاع
بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها
بدون البيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل
في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري المبيع
فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد يشتري الطريق ليعود ما
اشتري المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير
ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع
لا غير بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثني هذه الاشيا
عند عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة
الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها تصحيحا الا ترى انه لو
استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها
ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط
الثلج فيه وقدور الحمام تدخل لانه مركب بالبنا ولو اشترى رحا
يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبنا وكذا الاعلى استحسانا والالات
الملصقة بالبيت لان الرحا اسم للبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى
هو الدوار والله تعالى اعلم **باب الاستحقاق**
البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا

بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فنفذ قضاؤه في حق
العامة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف علي وللمقر ولاية علي نفسه
دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله والتناقض يمنع
دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه
ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقط
غير ان الحرية والنسب مبناه علي الخفا فيعذر في التناقض
لان النسب يبنى علي العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما
الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله مبيعة ولدت ٥
فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان اقر بها الرجل لا والفرق
ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فثبت بها من الاصل
ولهذا يرجع المشتري علي البائع عند استحقاق المبيع بالبينة
والاقرار حجة قاصرة يثبت به في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد
اندفعت الضرورة لاثباته بعد الانفصال فلا يظهر في الاستحقا
المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر علي انشاء الملك للحال
فيجعل اقراره به علي ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون علي
اثبات الملك فيثبتها ثم للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك
فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه ثم قيل يدخل الولد في
القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء
له بالولد وهو الاصح لان محمدا رضي الله عنه قال اذا قضى

القضاء

القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم
لانه منفصل وقت القضا وذكر في النهاية ان الولد انما
يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان
قال رحمه الله واذا قال العبد لمشتريه اشترني فانا عبد فاشتراه
فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة
فلا شي علي العبد والا رجع المشتري علي العبد والعبد علي البا يب
بخلاف الرهن يعني اذا قال ارتهني فانا عبد فارتهنه فاذا
هو حر لا يرجع المرتهن علي العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا او
غائبا وعن ابي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان
ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما
فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبده
ولم يزد علي ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين
ان يكون حاضرا او غائبا ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك
الطريق هذا فانه امن او قال له كل هذا الطعام فانه ليس
بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب
ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة
نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من
البائع لانه انما اقدم علي الشرا معتمدا علي كلامه فصار بذلك
المغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه

بقدر الامكان ولان المعاوضات تقتضي سلامة المعوض
فاذا ظهر حرمة الاصل واهلية الضمان وتعذر الاستيفا من
البايع يواخذ هو بذلك كالمولي اذا قال لاهل السوق هذا عبدي
واذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه بذلك ديون ثم ظهر انه
حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرر دفعا عن الغرما
فجعل المولي كانه ضمن لهم سلامة المالية منه قال رحمه الله
ومن ادعى حقا في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع
بشي لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده
شي فلا يرجع عليه بشي بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا بانه
اخذ عوض ما لا يملك فلا يرد ودلت المسألة على ان الصلح معلوم
عن مجهول جايز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره
فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابرا عن كل عيب وذكرنا
الخلاف فيه قال رحمه الله ولو ادعى كلها رجع بقسطها
لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شي تبين
ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال
رحمه الله ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه او يجيزه
ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبدا او عرضا اي للمالك
ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود عليه
والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر

من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة
عندنا وان لم يكن له مجيز حال العقد لا يتوقف ويقع باطلا
والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا يتوقف كشرا العبد
والصغير والمحجور عليه وعند الشافعي رحمه الله لا ينعقد تصرف
الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة
لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك فيلغو
لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية
والمحلية ولنا حديث عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي صلى
الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به شاة فاشترى به
شاتين فباع احداهما بدينار وجا بشاة ودينار فدعا له
بالبركة في بيعه فكان لو اشترى بها التراب لربح فيه رواه
البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابي ثابت عن
حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له
اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى
اخرى مكانها فجا بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه
الترمذي ولهذا اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه
ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولانه تصرف صدر من
اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد

ولهذا ان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال
متقوما وقد وجد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى
المصلحة فيه نفذه والا فسخه فان قيل نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع
المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او
باع الآبق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان الآبق او
المبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا
كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا
وان كان فاسدا وكذا الآبق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح
فلا يلزمنا والمراد بما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ان يبيع شيا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل
قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل
ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي وادخل بيعها منه ثم ادخل
السوق فاشتريها واسلمها له فقال عليه الصلوة والسلام لا تبع
ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة
بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمعقود له لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشيا ولا يشترط
بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار
كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا

له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده
سوا هلك بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا الحقوق عن نفسه بخلاف
الفضولي في النكاح لانه سفير محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا
لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو اجاز
بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن يكون
للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض
للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما
كان العرض متعينا كان شرا من وجه والشرا لا يتوقف بل ينعقد
على المباشر ان وجد نفاذا يكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل
اليه بل تأثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي
مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل اليه صار
مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشرا فيجب عليه رده
كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان
لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح العقد ويجب
قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته
يصير قرضا فكذا هنا وبخلاف ما اذا تزوج امة بغير اذن مولاها
وقد وطيها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه انتهى
قال رحمه الله وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه

معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك
البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه
وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس
لانه لم يملكه وقال عليه الصلوة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم
وهذا لان عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد
الملك اذ لا نفاذ فيه عند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاسناد
فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح
للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه الصلوة والسلام
ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولو اعتقه الغاصب
ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان
اقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى
الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك بيع الاول وكذا اعتقه
المشتري والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا
قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك البيع الاول
ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى يصح بيع
المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب
ثم ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان نفذ بيعه
لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري
منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا

ولهما

ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع
ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
فصار كاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فقضى
الدين او ابراه الغرماء منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من
حقوق الملك والشيء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة
الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال
ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو
سبب له ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف
ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط
الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود
لوجود الخيار المانع فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا
البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا
تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة رفع الضرر ولا ضرر في
توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه **قال
رحمه الله** ولو قطعت يده عند المشتري واجيز فارشه لمشتريه
اي لو قطعت يد عبد وباعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون
ارش اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشرا فتبين ان

القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او
ولد او عقد قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب
اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى
وكذا اذا قطعت يد البايع والخيار للبايع فاجاز البيع يكون
الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق ه
وبخلاف ما اذا غصب عبدا قطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث
لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك
وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق
الزوايد قال رحمه الله وتصدق بما زاد على نصف الثمن
لان فيه شبهة عدم الملك لانه موجود حقيقة وقت القطع
وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه
ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما
لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قائم مقام
نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية
وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو قائم
بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه
شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة
قال رحمه الله ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري

على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رده
العبد لم تقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على
العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر
من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة
لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا
يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه
المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة
على اقرار البايع ان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت له حق
الرجوع بالثمن تقبل وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري
في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع
بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسئلة
الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف
الموضع فموضوع ما ذكر هنا فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر
قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون
متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا
اقام البينة على ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق ولا يصير
متناقضا فتقبل بينته قال رحمه الله ولو اقر البايع في مسئلة
الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة

فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض
في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم
ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له
ان يطالب المشتري لانه بريء بالتصادق وعند ابي يوسف رحمه الله
له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع وهذا بناء على ان ابراء
الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح
ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا على انه وكيله
فان اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم
يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد
الانكار وطلب المشتري الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت
عند القاضي ان البيع بينهما كان موقوفا فان طلب المشتري
تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يؤخر لانه سبب
الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك
وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع وللبائع ان يحلف رب العبد
انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن البائع ونفذ
بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات
المالك قبل حضوره فورثه البائع واقاما البينة على اقرار البائع
المالك بانه لم يامره تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها
على اقرار مشتريه بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا

الوجه

الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانها في حال حياته اصل
فيه بالتناقض يمتنع بالتناقض وبعد موته نايب عن الميت
والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون تناقضا فكذا نايبه
ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه
لم يبق منه ما يجعله تناقضا فكذا نايبه بخلاف شريكه البائع
حيث يكون متناقضا ولمشتريه ان يحلفه بالله ما يعلم ان الموكل
امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد
ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف لتفرق
الصفقة عليه قال رحمه الله ومن باع دار غيره فادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البائع ومعنى المسئلة اذا باع داره
غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وانكر المشتري لا
يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشتري
ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو
صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة
لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير
يعلم ان قوله وادخلها في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال
في البناء في ذلك والله سبحانه وتعالى اعلم باب السلم
قال رحمه الله وهو في معنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل
وسمي هذا العقد لكونه عاجلا على وقته فانه اوان البيع بعد

وجود المعقود عليه في ملك البائع والسلم يكون عادة بما ليس بموجود
في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد
بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد وهو الاصح لانه بيع الا ترى
الي ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع
الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل
السلم المؤجل وانزل فيه اطول آية وهي قوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا تداينتم بدين وقد روينا انه عليه الصلوة والسلام
نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
يابي جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود
غير مملوك ومملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم
اولي ان لا يجوز وقد تركناه بما ذكرناه قال رحمه الله ما امكن
ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي
الي المنازعة وقدره رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اسلم
في تمر فليسلم في كيل معلوم الي اجل معلوم رواه مسلم والبخاري
والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه الصلوة والسلام
قال رحمه الله وما لا فلا اي ما لا تنضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا
لم يكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الي المنازعة فلا يجوز

كسائر

كسائر الديون قال رحمه الله فيصح في المكيل والموزون المثمن
لما رويناه ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنا نير
لانهما اثمان وليس بمثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم
تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما
يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن
مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة
في العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم
المسلم فيه وانما يصح في محل اوجب العقد فيه وهذا الخلاف
فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما
كالدراهم في الدنانير وبالعكس فلا يكون بالاجماع لما عرف
ان القدر بانفراده يحرم النساء ولو اسلم في المكيل وزنا اذا اسلم
في الحنطة والشعير بالميزان وروى الطحاوي عن اصحابنا
انه لا يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر
لا لنفي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدي عين الواجب حكما
في باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا ربا بينهما وروى
الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة
والمؤدي عين والعين غير الدين حقيقة وان كان عينه حكما
فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا
الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله والعدد

المتقارب كالجوز والبيض لانه معلوم مضبوط بقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس عليه على اهدار التفاوت ولهذا يستوي قيمتها فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان احادهما متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت احاده في القيمة ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا ايضا لانه يودي الى النزاع في التسليم والتسليم لسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثا ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما ايهما كان اذا كان يعرف قدرهما قال رحمه الله بالفلس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والسلم فيه مبيع فلا يصح كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه لا يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما

ذكرناه في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بينه وبين الفلسين والنقدين قال رحمه الله واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم لان احدهما لا يختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الالة قال رحمه الله والذرعي كالثوب اذا بين الذراع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يودي الى نزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما قال رحمه الله لا في الحيوان وقال الشافعي يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولنا ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة وقد قال قائلهم الا رب فرد يعدل الالف زائدا والف تراهم لا يساوي واحدا وكذا سائر الحيوان مما يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الحلقات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالالة فاذا اتحد الالة والصانع تختلف المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر واما ما روي انه عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا فالمراد به انه استعجل في الصدقة ثم لم يجب

الزكاة على صاحبها فردها رباعيًا واستقرض لبيت المال فانه
يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي
انه عليه الصلوة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل فكان
قبل نزول آية الربا لأن الجنس بانفراده يحرم النسا اذ كان ذلك
في دار الحرب اذ لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على
ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى العصافير
لأن النص لم يفصل قال رحمه الله واطرافه يعني لا يجوز السلم
في أطراف الحيوان كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضبط
ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز
بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون
العظم والعظم في الرأس وفي الاكارع اكثر من اللحم أو مساوٍ له
فلا يمكن ان يجعل تبعًا للحم فيبقى معتبرا ولا يدري قدره فيصير
قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل
فامكن جعله تبعًا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا
اختلفوا فيه قال رحمه الله والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه
وكذا في الورق لانه يجوز التفاوت الفاحش فيهما الا ان تبين فيهما
ضربًا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
فيجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يتبايعان وزنا
يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله والحطب حزما والرطبة ء

جرزا الا انه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين
الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبطه بذلك ء
بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله والجوهر والخرز لان
احاده متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به
قال رحمه الله والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط
جوازه ان يكون موجودًا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا
عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز
وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت قال الشافعي
يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه
ولا يعتبر لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر
وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري
حا وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
نهى عن البائع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وفي رواية
حتى تبيض وتامن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في
الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز
لا يمنع بيع احد مال معين منتفع به في الحال أو في المآل وقوله عليه
الصلوة والسلام فبم يستحل أحدكم مال اخيه وهو راس مال السلم

يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع ولان القدرة
علي التسليم حال وجوده شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد
يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه
الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة علي التسليم
قال رحمه الله والسمك الطري اي لايجوز السلم في السمك
الطري لانه منقطع عن ايدي الناس في الشتا لانجماد المياه
حتى لو كان في بلد لاينقطع فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز
وزنا لاعددا وعند ابي حنيفة رحمه الله انه لايجوز في الكبار
التي تنقطع كالسمك في اللحم لاختلاف الناس في عظمها واختلاف
رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله وصح وزنا لو مالحا
اي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لاعددا لان المالح
منه وهو القديد لاينقطع عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن
ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية
معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا
وفي الكبار روايتان قال رحمه الله واللحم اي يجوز السلم في
اللحم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه
وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من
من الجنب او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو

لايصح

لايصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن
فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لايقدر علي وصف
موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لايمنع الجواز لتضمن
الثمن والمثمن النوا ولتضمن الالية العظم ولابي حنيفة ان اللحم
يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف
فصول السنة فما يعد سمينا في الشتا يعد مهزولا في الصيف
ولانه يتضمن عظاما غير معلومة وتجري فيه المماسكة فالمشتري
يأمره بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة
لاترتفع ببيان الوضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان
بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالية فانه معلوم ولهذا لا
تجري فيه المماسكة وفي مخلوع العظم لايجوز على الوجه الاول وهو
الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لاينتفي الحكم بانتفا احدهما
لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم
في رواية بيوع الجامع وكذا لايجوز استقراضه ولو اسلم فهو فيما
معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف
الموصوف في الذمة وقيل لاخلاف بينهم فجواب ابي حنيفة فيما
اذا اطلق في اللحم وهما لايجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا
منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال
رحمه الله وبمكيال او ذراع لم يدر قدره اي لايجوز السلم بمكيال

او ذراع معين لايعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيودي الي
النزاع بخلاف البيع حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب للحال
ولايتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد
ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية لابد ان يكون المكيال مما
ينقبض ولاينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما لاينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لايجوز للمنازعة الا في قرب الما للتعامل
كذا عن ابي يوسف رحمه الله وهذا لايستقيم في السلم لانه
ان كان لايعرف قدره لايجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا
وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا للتعيين
فكيف ياتي فيه الفرق بين المنكبس وغيره او التجويز في قرب
الما وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع الا اذا كان يجب
تسليمه للحال حيث يجوز بانا لا نعرف قدره ونشترط في ذلك
الانا ان لاينكبس ولا ينبسط ويفيد هذا استثنا قرب الماء
ايضا قال رحمه الله وبر قرية وتمر نخلة بعينه اي لايجوز
السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة فلا يقدر على تسليمها
واليه اشار عليه الصلوة والسلام بقوله اذا امتنع التمر فبم يستحل
احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بان كان لا نظير
فلا باس به وكذا اذا نسبه الي اقليم لايتوهم انقطاعه كالشام
والعراق قال رحمه الله وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة

والقدر كقوله حنطة سقية جيد عشرة اكرار الي شهر لان
الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشيا وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس
بشرط للجواز لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة علي
النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا والمعني فيه انه معاوضة
مال بمال فيكون فيه الاجل جايزا ترفها لا شرطا كغيره من انواع
البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لايلتزم ما لم يقدر
عليه وكان قادرا علي تسليمه ظاهرا ويكفي ذلك للجواز العقد ولو لم
يكن قادرا علي التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من راس المال
بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال علي رب السلم
بخلاف الكتابة علي اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشي
فلا يقدر علي الادا في الحال فيشترط فيه التاجيل ليتمكن من
التحصيل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من اسلم منكم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الي اجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل
كما شرط فيه اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع
بصفة لايوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد
بدونه وهو نظير من قال من دخل داري فليدخل غاض البصر لايجوز
له ان يدخلها الا كذلك وكما قال من اراد ان يصلي فليتوضأ وما روي
حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة

على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيما به سبب القدرة
وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا
لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا ونحوه
لايجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع رخصة لاجل
المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح من قيام الدليل المحرم
تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعزته والعجز بسبب
العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل الى الحصاد
فاسقطنا التعيين لحاجة المفاليس وعوضنا الاجل لتقوم القدرة
على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة فيها
معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه
ولانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه
حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه اصل وليس
بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصير عليه المولى ظاهرا
ولا يضيق عليه المطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه
اصلا اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماثلة
والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه
فيوخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل قال رحمه الله واقله شهر
اي اقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما
فوقه آجل الا ترى ان المديون اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه

قبل

قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل
كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي
عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم وعن
الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل
في مثله فان اجل فيه قدر ما يوجل الناس جاز والا فلا والاول
اصح وبه يفتى قال رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون
والمعدود بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره
مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال اذا كان معينا لانه صار
معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة
والمزارعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازا
عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى
المنازعة لجهالة القيمة فلا تشترط معرفته كما لا تشترط معرفة
القيمة ولابي حنيفة ان جهالة قدر راس المال قد تفضي الى جهالة
المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يوجد بالباقي عيب فيرده ولا يتفق
له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا
يدري قدره لينفي العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب
التحرز عن مثله وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بكيل معين لم يعرف
قدره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ

العقد بعدما نقد رأس المال فيفسخانه ولا بد لهم من رد فيفضي
الى المنازعة او الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم ومن فروعه اذا
اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال احدهما بان اسلم مائة درهم في
كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لانه ينقسم
عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما او اسلم جنسين
ولم يبين احدهما بان اسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر
فبين احدهما ولم يبين الاخر لان رأس المال لا يكون معلوما بمعرفة
بعضه اذ لا يعلم ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هاهنا
ما لا تتفاوت احاده لانه ح يتعلق العقد بقدره لانه من المقدورات
قال رحمه الله ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء اي شرط جواز
بيان مكان المسلم فيه ان كان له حمل ومؤنة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد
فيتعين له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال
السلم في ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب المساواة
لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين
له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له مكانا اخر بالنص فيتعين له
ذلك المكان بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير
موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على
البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه او يكون اجارة في بيع فيكون

مفسدا

مفسدا للنهي المعروف في صفقة عن صفقة ورب السلم لا يملك المسلم
فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل المسلم
فيه في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين
ضرورة كاول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب
ولانه في الحال والاتلاف ولابي حنيفة ان يعين مكان العقد اما
بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد
اذ السلم لا يجوز مؤجلا فيكون السلم متأخرا ضرورة ولانه لو تعين مكان
العقد لما جاز تغييره كمكان المبيع في بيع العين وكتعيين مكان العقد
فيما عقد في لجة وفساده لا يخفى واذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر
بقي مجهولا جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة فيفسد لاختلاف الصفة
لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف
الصفة الا ترى ان الحطب في المدن اغلى منه في القرى ولهذا قيل الاختلاف ف
في بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة
وقيل على عكسه لا تعين المكان يقتضيه العقد عندهما حتى لا يحتاج
فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما لو
اختلفا في البدل وعنده تضمنه الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره
فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن
والاجرة والقيمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجل
بان اشترى شيئا او استاجره بحنطة في الذمة موصوفة او اقتسما

شيا وجعلا لاحدهما مكيلا موصوفا في الذمة الي أجل م
فعنده يشترط مكان الايفا في الصحيح حتى يفسد اذا لم
يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم
العين المستاجرة في موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جا
لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته
لا تختلف باختلاف المحلية من مصر واحد ولهذا لو استاجر
دابة ليحمل عليها في المصر فله ان يحمل عليها في اي مكان كان م
وكذا لو دفع ماله الي رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل
في اي مكان كان وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما تبلغ نواحيه
فرسخا لم يجز بيان ناحية منه لان جهالته مفضية الي
المنازعة ولو شرط ان يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان
انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في
منزله اليه ولو شرط الحمل الي منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفا
فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الايفاء
وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط
ان يوفيه في موضع ثم يحمله الي منزله لا يجوز لانه لا يملكه بالايفا
ثم اشتراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله
وما لا حمل له يوفيه حيث شا وهذا على اطلاق قول ابي حنيفة

رحمه الله سوا بينا مكان الايفا او لم يبينا لان ماليته لا
تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان
لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد عندهما وهو الاظهر
من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير
والبيوع وان بين تعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق
فيعتبر فحاصله ان في ما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران
وما اشبههما لا يحتاج فيه الي تعيين مكان الايفا بالاجماع
وان اختلفت رواياتهم فيه في الرج في اي مكان يجب تسليمه فيه
علي ما بينا قال رحمه الله وقبض راس المال قبل أن يفترقا
والمراد شرط بقاؤه علي الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل
بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان حكمه
ينبني علي اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون
وفقه علي ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف م
ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا لما ذكرنا
ولانه فيما يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه
ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر علي تسليم المسلم
فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض
اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا علي الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت
الملك لا يمنع العقد وفي حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق

فيه قبل تمامه مبطل للعقد ولهذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكلما ورد عليه بخيار الرؤية اعطاه
اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في راس
المال وخيار الرؤية حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين
لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة
بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى
لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان السبب فيه
مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا اجاز
التحقت الاجازة بحال العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده
في حق الحكم وهو فرق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط
خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم قبل الافتراق جاز اذا كان
راس المال قائما عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام يعتبر بالابتدا
وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد اذا وقع فاسدا
لا يعود صحيحا على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم
اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان
الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام راس المال جنسه
ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله
ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله فان اسلم
مايتي درهم في كر بر مائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل

اي

اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة العقد بوجود قبض
راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طار اذ السلم اذا وقع
صحيحا في الكل ولهذا لو نقد ما بقي قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين
في العقد لكونه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع
البطلان الطاري كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض
بطل العقد فيه فقط دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر
وعبد وباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيهما مقارن فيكون
في العبد بيعا بالحصة ابتدا فلا يجوز لجهالة الثمن او لان العقد لواحد
لا يمكنه وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف
اليهما كما ذكر في الكتاب او يضيف الى ما يتبين مطلقا ثم يجعل المائة
من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما
وهو كون الفساد طاريا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد اليه الا
ترى انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو
تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين
حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو اسلمت اليك هذه المائة
والمائة التي على فلان حيث يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا
نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده
مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين
والدين مختلفي الجنس بان كان له على اخر مائة درهم فاسلمها اليه

وعشرة دنانير في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين
فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من السلم فيه وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام
قدر راس المال وقد بيناه وعن زفر رحمه الله ان السلم في الكل باطل
في الجنس الواحد لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره
لانه جعل القبول فيه شرط الصحة في الاخر فيفسد في الكل وجوابه
ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في
البعض لا يتعدى على ما تقدم قال رحمه الله ولا يصح التصرف
في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه
مبيع بدليل ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل
القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال يستحق القبض في المجلس
والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى الى قوله عليه
الصلوة والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع التصرف
فيهما قطعا حتى لم يجز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليكه بعوض
وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه
بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابرا كالمبيع
فاخذ حكمه قال رحمه الله فان تقايلا السلم لم يشتر رب السلم من المسلم
اليه شيا براس المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه الصلوة

والسلام

والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام
العقد او راس مالك حين انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس
المال اخذ شبهه بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل
المبيع المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا
وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم
فيه قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها
فياخذ من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا
جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو البيع
تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم
قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان
الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز
قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو
القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في الذمة فيصح الاستبدال
به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بينا قال رحمه الله ولو
اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو
قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل ومعناه ان يكيله لنفسه
بعد القبض لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين
المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط
الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضا للصفقتين ولم يوجد في الاولى

وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البايع قضا
لحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه
بقبضه له ان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا جاز
والاصل فيه ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ومحله
على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة
فيكتفى بالكيل فيه مرة في الصحيح انتهى قال رحمه الله ولو امره
رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غايب لم يكن قبضا بخلاف
المبيع يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثلا لغرار مثلا
وامر المسلم اليه رب السلم ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في
الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قبضا ولو كان
مكان السلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى
البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع
والمشتري غايب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان
رب السلم حقه في الذمة فلا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره
ملكه فلا يصح فلا يكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه
ملك نفسه كالمداين اذا دفع كيسا الى المدين وامره ان يزن دينه
ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشرا
فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون

البايع وكيلا في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري
حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولذلك اكتفى بذلك الكيل
في الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن او بالقايه في البحر ففعل يكون
على الامر في الشرا ويتقرر عليه الثمن وفي السلم على المامور لما قلنا
فان قيل البايع لا يصلح ان يكون وكيلا في القبض حتى لو وكله
بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور
ان يكون وكيلا له قلنا لا يصح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له
ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولو كان رب السلم
حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلي بينه وبين الطعام يصير
قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في
ظرف البايع ففعل لم يصر قابضا كما اذا دفع لصايغ فضة ليصبغها
خاتما وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا كمن استقرض من
رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير
قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف
الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال
الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين
والصبغ لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب
فلهذا لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه
خلطه بملكه فصار استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض

المبيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية
بالعين فلم يتعين رضاه به حتى يكون شريكا له قال رحمه
الله وان اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فمات او
ماتت الامة قبل الاقالة لغا وصحت وعليه قيمتها والمعنى
ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم
الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت
الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة
بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم فيه قيمة الجارية فيهما
يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى
ببقا المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه
وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت
الاقالة ابتداء وكذا بعد الهلاك لان البقا اسهل من الابتدا
فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها
فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية
ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقا احدهما ويجب
رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا قال
رحمه الله وعكسهما شراؤها بالف اي عكس مسئلة السلم شرا
الجارية فان الحكم فيهما لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل
بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتدا ولا يبقى لانعدام

قالة
المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الا
ابتداء بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين
فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقا
احدهما فحاصله ان هذا الجنس ينقسم الى اربعة اقسام
احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة
والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة
والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انه اذا تقايلا فيه بعد
هلاك احد البدلين او كلاهما وهلك البدلان او احدهما
بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه
في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير
معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه
الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد
على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما ان يردا
غيره بعد التقايل قال رحمه الله والقول لمدعي الرداءة
والتاجيل لا للنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط
الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال
الاخر لم نشرط شيا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف
والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا موجلا موصوفا
فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال

من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الأصل في
جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام
احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول مدعي
الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة
اذا اتفقا علي عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل
المسئلة ان نقول لو اسلم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم
اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشرط شيا كان القول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ
الظاهر ان المسلم فيه مع رداته يزيد علي راس المال وكلام
المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعي رب السلم شرط الردي
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وعندهما القول
للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال
رب السلم له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم
اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له
فكان باطلا قال رحمه الله وصح السلم والاستصناع في
نحو خف وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة
قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه علي
ما بينا من قبل والاستصناع فللاجماع الثابت من لدن النبي

صلى

صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد
استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال
عليه الصلاة والسلام ما راه المومنون حسنا فهو حسن عند
الله وهذا استحسان والقياس انه لا يجوز لانه بيع المعدوم
وهو منهي عنه ولكن نرى العمل به بما ذكرنا والقياس يترك
بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب شربة ما من السقا
بفلس كل ذلك جايز للتعامل وان كان القياس يأباه للجهالة
لانه لا يعرف كم قدر يقعد في الحمام وكم قدر يستعمل او يشرب
من الما وكم قدر يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة
الاجماع او النص وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع
امتي علي الضلالة ولا يشكل هذا علي قول ابي حنيفة في المزارعة
فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس
لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل
فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه
تعامل ولا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما
اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز
بيعا وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع
استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل علي
انه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الالة للعمل ولهذا

يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد
العقد حتى لو جاء به لا من صنعته او من صنعته قبل العقد جاز
وكذا لو عمل بعده وباعها الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز
ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله
قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم
يره سماه شراء واثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا
في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع شبها
بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا
يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه
ما ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر
جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة
ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه العين
والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين فان قيل
اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يخير
كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ
للاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم
فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم يره
على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حق
ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله

فاخذه م

وله

وله الخيار اي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لانه
اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار
فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ السلم
دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبض وهذا يفيد الفسخ لانه
يتعين كالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن
ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم
وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما
لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع
لانه المشتري لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله وللصانع
بيعه قبل ان يراه ومؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
ان ضرب به الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما
لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم
تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين
لكن لفظ الاستصناع فيه فكانت محافظة قضيته اولى ويحمل
الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان
يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيكون على الحكم
فيحمل المحتمل عليه وان قال ان يفرغ عنه غدا او بعد غدا م

يكون استصناعًا لانه للفراغ لا للتاخير المطالبة وقيل ان
ذكر ادنى مدة يتمكن فيها فهو استصناع وان كان اكثر من
ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره
بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل فان كان من قبل المستصنع
فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو
للاستمهال فيكون سلما ثم فايدة كونه ان يشترط فيه
شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم
خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا قال
رحمه الله **باب المتفرقات** صح بيع الكلب
وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار
كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب
أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه
الصلوة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس
العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس انه عليه
الصلوة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلوة والسلام قضى
في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد
فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به
حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة

والوصية

والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة
الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين
وبخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول
على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلوة والسلام أمر بقتل
الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه الصلاة
والسلام رخص في ثمن الكلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على
الانتساخ ولا فرق في ذلك بين انواع جميع الكلاب المعلم وغير
المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او
قابلا للتعليم **قال رحمه الله** والفهد والطير والسباع لانها
حيوان يجوز الانتفاع به عادة وتقبل التعليم عادة فجاز
بيعها والحرف ان كان ينتفع به في الحال او في المال وله قيمة
نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح أو
نقطة ماء وكف تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل
يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان
عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن
الانتفاع به بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه
وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه ينتفع به وكل
ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا
الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز

لا يجوز بيعه **قال رحمه الله** والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير
لقوله عليه الصلوة والسلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون فيحتاجون الي تبقية انفسهم ليتحملوا اعبا التكاليف
كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة
الاسباب لتحصل تبقي به الانفس حتي لا يبقي لهم عذر في تضييع
حقوق الله تعالي فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف
والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من
الربا وغيره لا يجوز لهم الا في حق الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما
كعقد المسلم علي العصير والشاة فيجوز فيهما ما يجوز منه ولا يجوز
ما لا يجوز لانهما اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا
وهذا لانا امرنا بان نتركهم علي ما يعتقدون وما بذلوا الجزية
الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف لهم مخالف فصار اجماعا
قال رحمه الله ولو قال بع عبدك من زيد بالف علي اني ضامن لك
مائة سوى الالف فباع صح بالالف وبطل الضمان وان زاد من
الثمن فالالف علي زيد والمائة علي الضامن يعني زاد هذه الكلمة
بان قال بع عبدك من زيد بالف علي اني ضامن لك مائة من الثمن
سوى الالف فانه يصح ويكون الالف علي المشتري والمائة علي الضامن
وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني علي

شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلحق باصل العقد عندنا
وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني ان
اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتي لا يصح اشتراطه علي
غيره اذ لا يفيد بازائه مالا يقابله وفضل الثمن يستغني عن
مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان
لم يسلم له بمقابلتها شئ فكذا تجوز من الاجنبي اذ لم يسلم له شئ
فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه علي المراة اذ لا يسلم
لها شئ بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا
فيه فكذا هنا لكن من شروط صحة الزيادة ان توجد المقابلة
تسمية وصورة حتي يجب حسب وجود الثمن بواسطة المقابلة
صورة فانه لم تقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف
قيمته يجوز وان لم يقابله ما زاد علي قيمته مال حقيقة وانما يقابله
صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح وان لم يقل لم
توجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتدا وهو رشوة لا بيعا
وهي حرام فلا يصح فصار الاصل ان كلما يحصل فيه للاصيل بمقابلته
شئ من البدل لا يجوز اشتراط البدل علي الاجنبي وان لم يحصل لا يجوز
لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع
بها علي المشتري ولا يظهر في حق البايع وفي الشفيع والمرابحة حتي اذا
اخذ البايع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح علي

الالف لانه قام عليه ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم
تثبت عليه في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه ولو
تقايلا البيع فللأجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قيا
قول ابي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده
بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا ولو ضمن
الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى لا يرجع الضامن بها
على المشتري ويراجع عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة
وان كان بامره لانه لما تعذرت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع
اليه الحقوق اولانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها
وحده وهذا كالشرا يطالب هو فقط ثم يرجع على الموكل فكذا هو فصار كالوكيل به
في الحاصل للمسئلة ثلاث صور احدها ان يقول بعه بالف على
اني ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله
من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا
كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز
الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها الى نفسه
وان زاده بامر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري
لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع
والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري
بان يقول زدتك على ثمن العين الذي اشتراها منك فلان ولا

يمكنه

يمكنه باضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامره
بل رسولا **قال رحمه الله** ووطئ زوج المشتراة قبض لا عقده
يعني لو اشترى امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح
لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر
ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج
الابق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان
قبضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار
منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا
استحسانا والقياس ان نقول يكون بنفس التزويج لانه تعييب
حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة متزوجة يردها بالعيب فصار
كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان انه لم يتصل
بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب في الحكم
على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينقص الثمن لاجله فصار
كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسي اتصل بها واوجب
نقصانا في ذاتها لان منافع البضع تلحق بالجزء ولهذا انضمن
بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها الا بالقطع الا ترى انه لو
اقر المشتري بدين على العبد المشترى قبل القبض لا يكون قبضا
وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف
التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به ومن ضرورته نقص

قابضا قال رحمه الله ومن اشتري عبدا فغاب فبرهن
البايع علي بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البايع والا بيع بدينه
اي اذا اشتري شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع
البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان
ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري
غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الي حقه بدون بيعه
بالذهاب اليه فلا حاجة الي بيعه لان فيه ابطال حق المشتري
في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي المنقول ان اقام البينة
لان البينة هنا ليست للحلاف للقضا علي غايب وانما هي لنفي
التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن
النظر ونظره في بيعه لان البايع يصل به الي حقه ويبرا من ضمانه
والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف
الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الي خصم حاضر
وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضا وهذا لان المبيع في
يده وقد اقر به للغايب علي وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك
للغايب علي الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الي حقه
فيبيعه القاضي احيا لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا
يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض

وهو

وهو غير جايز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان
القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال
يد البايع قبل ايفا الثمن والاولي ان يقال ان البيع هنا ليس
بمقصود وانما المقصود احيا حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان
الشي قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفي ثمنه
فان فضل شي من دينه يمسك للغايب المشتري لانه بدل ملكه
وان لم يف بالدين وبقي شي منه تبع البايع اذا ظفر به ولو غاب
احد المشتريين الحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتي ينقد
شريكه يعني اذا اشتري رجلان شيا فغاب احدهما قبل القبض
يجوز للحاضر دفع الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان
يحبسه عن حقه حتي ينقده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا بطريق المهاياة
وكان متبرعا فيما اذا ادي عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع
احدها في قبض جميع المبيع علي تقدير ايفاء الثمن كله والثاني
في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه
بما ادي والرابع في اجبار البايع علي قبول ما اداه الحاضر من نصيب
الغايب فعندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع علي
تسليم نصيب الغايب من المبيع الي الحاضر عند ايفا الثمن كله
فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف رحمه الله ان الحاضر

قضي دينا علي الغايب بغير امره فكان متبرعًا فيه بالاجماع
ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشرا
وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضا الدين قوله في قضا الدين
راجع الي الرهن وبنا السفل راجع الي العلو وهذا يقال له لف
ونشر ولهما ان الحاضر مضطر الي اداء كل الثمن لان للبايع
حق حبس كل المبيع الي ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع
الاضطرار اذا قضي نصيب شريكه ليصل الي الانتفاع بنصيبه
فصار كمعير الرهن وصاحب العلو وانما اختلف بين حضرته
وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك
الغايب ثبت بقول الحاضر لان من باع شيا من شخصين لا
يثبت لكل واحد منهما الا بقبول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان
كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي
والاصل ان الشي متي تردد بين شيين توفر عليه حظهما فلشبهه
بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون
مضطرا عند غيبته وهذا اولي من العكس لانه في حالة الحضرة
يمكنه ان يخاصمه الي الحكام فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته
لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل
قال رحمه الله ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما علي السوا فيجب من كل

منهما

منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية فصار كانه قال بعتك
بخمسماية مثقال ذهب وخمسماية مثقال فضة بخلاف ما اذا
اشتري جاريته بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب
مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف
الي الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلي هذا لو قال له علي
كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من الكل الكر من كل ثلثه
وهذه قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة
والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره في الموزون والمكيل
والمعدود والمذروع قال رحمه الله وان قضي زيفا عن جيد
فتلف فهو قضا يعني اذا كان له علي اخر دراهم جياد فقضاه
زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضا
فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين قال رحمه الله
وان فرخ طير او باض او تكنس في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه
مباح سبقت يده اليه فكان اولي به لقوله عليه الصلوة والسلام
الصيد لمن اخذه والبيض صيد ولهذا يجب علي المحرم الجزا بكسره
قال الله تعالي ليبلونكم الله بشي من الصيد تناله ايديكم ورماحكم
اي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن ارضه مهياة لذلك وان كا
مهياة للاصطياد فهو له الا تري ان من نصب شبكة للجفاف

فتعقل بها صيد او حفر بيرا للما ووقع فيها صيد لا يملكه
ولا يجب عليه الجزا ان كان محرما وعلى هذا لو دخل صيد داره
او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف عسل النحل في ارضه
حيث يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض
حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان
الما اذا لم تكن معدة لذلك ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ
من ارض العشر قال رحمه الله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا
يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة
والصلح عن مال والابرا عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف
والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل
فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة
لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وشرط وما
كان مبادلة بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية
دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل
الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما
لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض
وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية
كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات

فيبطل الشرط وصح تصرفه فيه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
اجاز العمرى وابطل الشرط واصل اخر وهو ان التعليق بالشرط
المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه
وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه
مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات
والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات
قال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول
الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل
زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن ابي رواحة رواه البخاري
فاذا عرفنا هذا رجعنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع
معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا
ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال
ان بعت منك ان كان كذا او يبطل البيع به سوا كان الشرط
نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا
ان رضي فلان فانه يجوز اذا وقته بثلثة ايام لانه اشتراط
الخيار وهو جائز على ما بينا من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان
كان الشرط مما يقتضيه العقد او ملائم له او جرى فيه التعامل
كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع
ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى البغل او الحصا على ان يحذوها

البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرت به
العادة فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع
والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة
لانها تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار
كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا
يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح
عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما نذكر في الصلح ان شا
الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد
بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات
فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة
اجارة والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما
بالشرط وهذا لان الاخبار متردد بين الصدق والكذب فا
كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس ايضا
وانما التعليق في الاجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود
الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز
ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه
للحال على ما نبينه في موضعه والتحكيم لا يصح بان قال الحكمان
اذا اهل الشهر او قال لعبد اذا اعتقت او لكافر اذا اسلمت فاحكم
بيننا وهذا عند ابي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضا

الي الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة
والامارة والقضا **قال رحمه الله** وما لا يبطل بالشرط الفاسد
القرض والمعاملة الهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع
والعتق والرهن والايصا والوصية والشركة والمضاربة والقضاء
والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن
العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد
الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الشرط وعزل القاضي هذه
كلها لا تبطل معناه ان يقول اني وجدت به عيبا اردده عليك بالشرط
الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه
يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية
فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط الولا لغير المعتق بقوله
صلى الله عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فان
الولاء لمن اعتق قاله لها حين اراد موالي بريرة ان يكون الولاء
لهم بعد ما اعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد
اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج
من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة
فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان
يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص واما

اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة
على خمر ونحوه فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه
البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى ويشبه النكاح من حيث
ان العبد مال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع
تفسد اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تفسد
بالشرط الزايد ومن هذا القسم الذي لا يبطل بالشرط الفاسد
الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنهما رجل
وشرط فيهما حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة
ثم الشيخ رحمه الله تعالى ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة
وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ولم يذكر هنا
ما يجوز تعليقه بالشرط وما لا تجوز اضافته الى الزمان وما
تجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تكملة لما ذكرنا
من الاقسام فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط
فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق
والالتزام وكالحج او الصلوة او التوليات كالقضا والامارة
على ما بيناه واما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من
الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصا والقضا والامارة والطلاق والوقف
لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال

فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه وفسخ
الاجارة معتبر فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة
معتبر به كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما
لا يجيزهما الا بطريقهما والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات
ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل
كان حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا
فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فتجوز اضافتها
الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما نبينه في الكفالة
بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما
ذكرنا والايصا بالمال او باقامة شخص مقام نفسه اما الايصاء
الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما
الوصية بالمال فلان لفظها نص شخص فجاز اضافتها وتعليقها
بالشرط واما الوصية الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان
فسبعة البيع واجازته والفسخ والقسمة والشركة والهبة والنكاح
والرجعة والصلح عن مال والابرا عن الدين لان هذه الاشياء
تمليكات فلا تجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط
لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى اعلم **كتاب
الصرف** هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع

احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران
احدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادة صرفا
لانه زيادة علي الفرايض قال عليه الصلوة والسلام من انتمي الي
غير ابيه لايقبل الله تعالي منه صرفا ولاعدلا اي لانفلا ولا
فرضا والثاني النقل والرد قال الله تعالي ثم انصرفوا صرف الله
قلوبهم وسمي به علي هذا الاعتبار للحاجة الي النقل في بدليه
من يد الي يد قبل الافتراق قال رحمه الله فلو تجانسا شرط
التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والاشرط
التقابض اي اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب
والفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل
الافتراق لايجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة
وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط
فيه التقابض لا التساوي لحديث عبادة بن الصامت انه ع
عليه الصلوة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة
الي ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه
الاجناس فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد
وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثلا بمثل
والورق بالورق مثلا بمثل الي ان قال وان استنظرك الي ان
يدخل بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض احدهما قبل الافتراق

كيلا

كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولابد من قبض الاخر لعدم
الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسية
ولا فرق في ذلك بين ان يكون مما يتعين بالتعيين كالمصوغ
والتبر ولا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر
لما روينا لانه اذا كان بما يتعين بالتعيين ففيه شبهة
عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في
القبض هل شرط صحة العقد او شرط البقاء علي الصحة
فقيل هو شرط الصحة فعلي هذا ينبغي ان يشترط القبض
مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعل كحالة
العقد تيسيرا ففي هذا اذا وجد القبض يجعل كانه وجد حالة
العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء علي الصحة فلا يحتاج الي
هذا التقدير والشرط ان يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتي
لو ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح
بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قال رحمه الله فلو
باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان
المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا
يضره الجزاف فان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما
بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار
والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا

لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت
القبض المستحق شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس
فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره قال رحمه الله ولا
يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا بدراهم
فاشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض
المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب
كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود والمفسوخ دينا
كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم
حتى لو اسلم اليه رب السلم قدرا لعين قبل الافتراق تم السلم
ولو تعين لما صح كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره
الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من
عليه الدين لا يجوز بهذا المعنى او نقول كل واحد من بدل الصرف
مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا
بالتعيين كالمضروب واما اذا كان لا يتعين بالتعيين كالمصوغ
والتبر لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض
وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله ولو باع امة
مع طوق قيمته كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق
يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع
الطوق وقيمتها الف بالفي مثقال ونقد منها الفا كان الالف

المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف نسيئة والف حالة
كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمته كل
الف اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم قال رحمه الله
ولو باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها
وان لم يبين او قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية
وان لم يبين انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين
فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذ هذا من
ثمنهما اما اذا لم يبين فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما
قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج
منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما
بالاسلام ولهذا لو قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما
ولدا فانتما طالقان فولدت او حاضت احداهما طلقتا لانه
يراد بها احدهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد وحيضة
واحدة ولهذا لو قال خذ هذا النصف من الحلية ونصفه من ثمن
السيف لا يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شيء
واحد فجعل المنقود عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا
يسلم له الا بهذا الطريق قال رحمه الله ولو افترقا بلا قبض
صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل
العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق واذا

لم يقبض حتي افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر
فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز
للقدرة علي التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر
في النهاية معزيا الي المبسوط فقال او قال خذ هذه الخمسين
من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا او تفرقا علي
ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند
المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع
فيكون المدفوع ثمنا لسيف خاصة والقول قوله في ذلك لانه
هو المملك فيكون هو اعرف بجهته قال رحمه الله ولو باع انا
فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء
مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب لانه صرف
وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتعذر الفساد بقدر ما
لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفرق الصفقة
ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض ولا
يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت
من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك
احد العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي
لانه لم يوجد منه الصنيع قال رحمه الله وان استحق بعض الانا

اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رد لان الشركة في الاناء عيب
لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع
مقارنا بخلاف المسئلة الاولي وهو ما اذا اشتري انا فضة
الي آخره قال رحمه الله ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها
اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب
اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الانا لكن ان استحق قبل
القبض بعضه ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا
اشتري عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت
له الخيار قال رحمه الله وصح بيع درهمين ودينار بدرهم
ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما بان يبيعهما بكري بر
وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه
وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة
الجمل بالجملة تقتضي الانقسام علي الشيوع لا علي التعيين
ففي حمله علي خلاف الجنس تغيير له الانقسام فلا يجوز وان
كان تصحيح التصرف كما اذا اشتري عبدا بالف ثم باعه قبل
نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يصح في
المشتري بالف لانه اشتري ما باع باقل مما باع وان امكن
تصحيحه بصرف الالف الي المشتري وكذا لو جمع بين عبده
وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن

بصرفه الي عبده وكذا لو درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا
قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان
امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الاخر
ولنا ان في صرف الجنس الي خلافه تصحيح العقد والي جنسه فساده
ولا معاوضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله
ووضعه والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي
مطلق المقابلة من غير ان يتعرض بقيد لا مقابلة الكل بالكل
بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من غير جنسه
لما عرف ان المطلق غير متعرض للتقييد ولكن مع هذا عند الوجود
لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان
اللفظ غير مقيد للصفة بل للذات فقط علي ما عرف في موضعه
فيحمل علي المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه لو
قال عند المقابلة علي ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان
منافيا له لما صح فكان حمله علي المقيد المصحح اولى من حمله علي
المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شايعا طلبا للصحة
ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين تجب قسمته علي البدل
الاخر وتظهر فايدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند
الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم اذا
كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا تتفاوت آحاده فالقسمة

علي

علي الاجزا وان كانت تتفاوت فالقسمة علي القيمة وان كانت
مما فيه الربا تجب قسمته علي الوجه الذي يصح فيه العقد
لا غير قال رحمه الله واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار
يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا
للعقد علي ما بينا قال ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر
التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة
وقيل هو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار قوله ولا ينافي
الي آخره الجواب عن سؤال مقدر فقال وهو ان قوله الغلة
ما يرده بيت المال ينافيه قوله درهم لاحتمال ان تكون هي
المقطعة قال رحمه الله ودينار بعشرة عليه او بعشرة م
مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز
ذلك ومعناه ان يكون لرجل علي آخر فباعه عشرة دراهم دين
فباعه الذي عليه دينارا بالعشرة التي عليه بعشرة مطلقة
ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة فكلاهما جايز اما اذا
قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم
لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جايز اجماعا لان
احد الوصفين بالقبض في الصرف احتراز عن الدين بالدين
وتعيين الاخر للاحتراز عن الربا في دين سقط وانما الربا

في دين يقع الخطر في عاقبته بان يقوي عليه ويسلم المقبوض
عن الهوي ومعلوم ان السالم بيتعين ازيد من الذي علي خطر
التوي فيتحقق الفضل الاخري انهما لو تصارفا دراهم دين
بدنانير يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل القبض
ويسقط بالبيع قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة
وذهب حتي لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا
متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لانهما لا يخلوان
عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون
الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فلحق
القليل من الغش بالرداءة والردي والجيد فيهما سواء عند
المقابلة بالجنس فيجعل الغش فيهما معدوما حتي لا يكون له
اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث
تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه علي ما نذكر في الفرق بين
قريب ان شاء الله تعالي قال رحمه الله وغالب الغش ليس في
حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا اي
بالمغشوش مثلها عددا ووزنا لان الغش من كل واحد منهما
مقابل بالفضة او الذهب الذي في الاخري فلا يضر التفاضل
فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف
في البعض لوجود الذهب او الفضة من الجانبين ويشترط

لص

في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب
بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا
بيعت الفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون الخالص
اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتي يكون قدره
بمثله والزائد بالغش علي مثال بيع الزيتون بالزيت والجار
وطوقها فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا
حتي لا يجوز بيعه بجنسه الا بطريق الاعتبار ولم يعتبر الغش
المغلوب بالفضة او الذهب فجعل كانه كله فضة او ذهب
ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او
الذهب المغلوب موجود حقيقة لا من حيث اللون وما لا
بالاذابة فان الفضة او الذهب يخلصان منه بالاذابة
فكانا موجودين حقيقة وحكما حتي يعتبر ما فيه من الفضة
والذهب بخلاف الغش المغلوب بهما فانه يحترق ويهلك ولا لون
في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا قال رحمه الله والتبايع
والاستقراض بما يروج عددا او وزنا او بهما لانه صار كالفلوس
فيعتبر فيهما عادات الناس كلما يعتبر في المعاملات بها حتي
اذا كانت تروج بالوزن وان كانت تروج بالعدد يعتبر العدد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال رحمه الله ويتعين
بالتعيين ان كانت لا تروج لزوال المقتضي للثمنية وهو

الاصلاح وهذا لانهما في الاصل سلعة وانما صارا اثمانا
بالاصلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان
ياخذها البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل
بجنسها **قال رحمه الله** والمساوي كغالب الفضة في التبايع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه
وفضته او غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم
الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقرا
الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا
في سبلها الا ان يشير اليها بالمبايعة فيكون بيانا لقدرها
ووزنها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها
قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلا تتعين وفي الصرف حكمه
حكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه
الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى لا تكون
الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر
فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس
فباعهما بمثلهما او بفضة فقط **قال رحمه الله** ولو اشترى به
او بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع اي لو اشترى بالدراهم
التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا

المعاملة

حتى

حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة
الى الاشارة لالتحاقها بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا
انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد
المبيع ان كان قائما والا فمثله ان كان مثليا والا قيمته وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يبطل لان العقد
قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية بالرواج فصار كما
لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس واذا لم
يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه تجب قيمته لكن تعتبر
قيمته يوم البيع عند ابي يوسف **قال رحمه الله** وصح بالفلوس
النافقة وان لم تتعين لانها اموال معلومة وصارت ثمنا
بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير
وان عينها لا تتعين لانها لما صارت ثمنا باصطلاح الناس
وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين
يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم
قال رحمه الله وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس
الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
قال رحمه الله ولو كسدت فلوس القرض يجب رد مثلها وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض
ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض

مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف يعتبر
يوم القبض وعند محمد يعتبر يوم الكساد وقول محمد انظر في
حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق
المقرض بالنظر الي قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر لان
قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج
ولابي حنيفة رحمه الله ان القبض اعادة وموجبها رد
العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه
لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد
لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد
الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل
والموزون ولو لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح
لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة فانه حرام فصار
المردود غير المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد
العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون مثله
والاختلاف مبني على الاختلاف في من غصب مثليا كالرطب
مثليا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع
قال رحمه الله ولو اشتري شيا بنصف درهم فلوس صح
وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال
بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس

وقال

وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم وكلاهما
لا يجوز اما الاول فلانه باع بقيمة غيره ولو باعه بقيمة
نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير ما لو باع
جاريته بقيمة عبد واما الثاني فلان الفلوس مقدرة بالعدد
لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير بهذا الطريق فكذا في
القليل او يكون اشتري بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا
فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل
وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فلا يؤدي
الي النزاع ولو اشتري بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان
الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز
في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من
الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس فلما ان نمنع قال رحمه الله
ومن اعطي صرافا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوس
ونصفا الا حبة صح لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس
ونصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة
بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح
البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما
يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد

ينكر عنده بتكررا للفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى
لو قال اعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا الاحبة جاز
في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره ثم
اذا افترقا في هذه المسئلة قبل ان يقبض الفلوس و النصف
الاحبة بطل في النصف الاحبة لأن العقد فيه صرف وقد
أفترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد
فيهما بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولا
ياخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لأنهما أفترقا
عن دين بدين فيثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع ونوع
ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء اولا قوبل بجنسه أو
بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب ونوع
ثمن من وجه مبيع من وجه كالكيل والموزون غير النقدين
فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعًا وان لم يكن معينا
وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح
وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا
فهو سلعة بثمن وهذا لأن الثمن ما يثبت دينا في الذمة
فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد تارة ودينا
اخري فكانت ثمنا في حال مبيعًا في حال ومن حكم الثمن ان لا اشترط
وجوده في ملك البائع عند العقد ولا يبطل العقد فوات

تسليمه

تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف ومن حكم المبيع
ان يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم والا يصح الاستبدال
به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل عند المقابلة
بالجنس في المقدرات ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما
القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما
كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة
او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والآخر
غير مقدر كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات
يجب تعيين احد البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئًا
بكالئ والله اعلم **كتاب الكفالة** وهو
مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها
الي نفسه وقال عليه الصلوة والسلام انا وكافل اليتيم
كهاتين في الجنة اي ضام اليتيم الي نفسه **قال رحمه الله**
هي ضم ذمة الي ذمة في المطالبة هذا في الشرع وقيل ضم ذمة
الي ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين
محال وهذا لأن المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين
ولا يتصور الفرع بدون الاصل والأحكام تشهد بهذا الا
تري انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ورجع به على
الاصيل وهبة الدين من غير من عليه لا يصح وكذا لو اشترى

المطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح والشراء بالدين لا يصح
الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر
الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين
ويمكن وجوبه علي شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب
فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء
والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفي الا احدهما
واما وجوب المطالبة بدين علي غيره فممكن الا ترى ان الوكيل
بالشراء يطالب بالثمن وهو علي الموكل حتى لو ابراه البايع صح
وكذا الولي والوصي يطالبان بدين علي الصغير وليس
عليهما دين والمولي يطالب بقضاء دين عبده الماذون او
ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا امكن
ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الي
ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل
الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة
فلهذا اختار احدهما فليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك
منه وهذا تفسير للكفالة وسببها مطالبة من له الحق
للتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول حقه اليه
وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف آخراً
وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة

علي ما يجي في موضعه وان يكون المكفول به ممكن الاستيفا
من الكفيل وشرطها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى
لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له في التجارة والمكاتب
والصغير وكذا من المريض لا يصح الا من الثلث لانه لا يملك التبرع
باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بدن وكفالة بمال
والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا
كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان
مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل
الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هي اما
غير واجبة التسليم كالودايع والمضاربات والشركة ونحو ذلك
ممن ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة
هي واجب التسليم كالعارية والمستاجرة او بعين مضمونة بغيره
كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها
مذكورة في المتن قال رحمه الله وتصح بالنفس وان تعددت
الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت
المكفول لمكفول بها ايضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي
رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له علي تسليمه
اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره لانه لا ينقاد له
ولا يلزمه طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال

لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله فالنفس اولى
فصار كما لو باع طيرا في الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه وان
لم يكن له ولاية في مال الامر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي
من ماله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم من غير
فصل بين الكفالة بالنفس او المال فيقتضي شرعيتها ولا
يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناولها الحديث لانا
نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال رحمه الله وفي ذلك
ان الحاجة ماسة اليها ضرورة احيا حقوق العباد وقد امكن
العمل بموجبها بان يعلمه بمكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية
تسليم او يوافقه اذا دعاه او يكرهه بالحضور الى مجلس القاضي
والتزامه لذلك رضا خصمه به دليل على قدرته فيصح وان
لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه
التزم ما هو حق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب
بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال
والدليل عليه انه يجب عليه الاجابة اذا دعي وعن الصحابة رضي
الله عنهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت ام مكتوم عليا
حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والكفيل اخذ الكفيل بالنفس و
شرط صحة الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا

حقيقة

لا حقيقة الا ترى انه لو التزم الف حجة بالنذر يصح ويلزم
وان لم يتات منه حقيقة لقصر عمره وقدرته على احضاره ممكن
فتصح واذا صحت تصح مقدرة ايضا لان حكمها استحقاق
وهي تحتمل التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني
اذ المقصود منها التوثق فلا تتنافى قال رحمه الله تكفلت
بنفسه وبما عبر به عن البدن وبجزء شائع اي تصح الكفالة
بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به من اعضائه عن جميع
البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه
فان قال تكفلت براسه او بوجهه الى اخره او تكفلت بجزء شائع
منه بان قال تكفلت بثلثه او بربعه كل ذلك جائز لان هذه
الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق
قال رحمه الله وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لانه تصريح
بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد
بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك وبقوله علي
لان كلمة على للوجوب والى لانها بمعنى على في هذا المقام قال عليه
الصلاة والسلام من ترك كلا او عيالا فالي قال رحمه الله وانا
زعيم لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف
وانا به زعيم اي كفيل وقبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي
الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله

لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك
بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم
يريدون به الكفالة والوجه الاول انما التزم معرفته دون المطالبة
فصار كالتزامه دلالته عليه وقال او فعلك عليه قال رحمه الله
وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه
التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه في
ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد
حلول الاجل قال رحمه الله فان احضره والا حبسه الحاكم
لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة
لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعي فيمهله حتي يظهر له مطله
لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم من قبيل المماطلة قال العبد
الفقير ينبغي ان يفصل كما فصل بالحبس بالدين فان هناك
قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وامر بدفع ما عليه لان
الحبس دليل المماطلة فلم يظهر باول وان ثبت بالبينة حبسه
كما وجب لظهور المماطلة بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل
علي نحو هذا التفصيل وقال في النهاية معزيا الي الايضاح
هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه قال رحمه الله
فان مضت ولم يحضره حبسه اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه
لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب

به

به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا
ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال
الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الي
موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر
الكفيل بالذهاب الي ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب
وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه تمسك
بالاصل وهو الجهل وقال بعضهم لا يلتفت الي قول الكفيل
ويحبسه القاضي الي ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة
عليه فلا يصدق علي اسقاطها عن نفسه بما يدعي ولذا لو ارتد
ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه
ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتي ولهذا
يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة
لانا نقول هذا ليس كموته حقيقة وانما هو موت حكمي في قسمة
ماله بين ورثته واما في حق نفسه فهو حي نطالبه بالتوبة
والرجوع وتسليم النفس الي الخصم فيبقي الكفيل علي حاله هكذا
ذكر في النهاية معزيا الي المبسوط قال رحمه الله فان سلمه
بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر برئ لانه اتي بما التزم اذ
لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا
بذلك فلا حاجة الي ابقاء الكفالة فيقول له هذا خصمك فان تعلم

بشانه فحق ان ثبت ثم لايخلو اما ان يسلمه بعد طلبه اولا
فان كان بعد طلبه بري وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة
لانه لايتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلبه فلا
يبرا حتي يقول سلمته اليك بجهة الكفالة قال رحمه الله
ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم لان الشرط مقيد
فيلزمه تسليمه علي الوجه الذي التزمه فاذا سلمه اليه
بري كما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود
وقيل لايبرا وهو قول زفر وبه يفتي في زماننا لتهاون الناس
في اقامة الحق وان سلمه في برية او سواد لايبرا لانه لايقدر
علي مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في
مجلس الحاكم لايبرا بمثل هذا التسليم لما ذكرنا قال رحمه الله
وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل
بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له
لان المطلوب بموته برائة موته وبرائته توجب براة الكفيل لانه
اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا
عن التبع قلنا وبعد موت الكفيل لايتحقق التسليم منه وورثته
لايقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله
لايصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل
بالمال اذا مات لان ماله صالح وحكمه بعد موته ممكن فيوفي

من ماله ثم ترجع الورثة علي المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره
والا فلا شي لهم كما اذا ادي هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب
يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قائمون مقامه في
استيفائه قال رحمه الله وبري بدفعه وان لم يقل اذا دفعته
اليك فانا بري لان موجب التسليم البراة فتثبت به وان
لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه
ولابد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لايبرا
لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة او استعارة او اجارة الا
ان كان بطلبه فح لايحتاج فيه الي ان ينص لتقدم مايدل
عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لايحتاج فيه الي النص
لان الظاهر انه لايقر الا باستيفاء حقه ولو سلم المكفول به الي
الطالب فابي الطالب ان يقبله فيجبر علي القبول قال رحمه الله
وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
يعني بتسليم هؤلاء يبرا الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم
وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا
معني لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه
ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براته ان
يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة علي ما بينا قال
رحمه الله فان قال ان لم اواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم

يواف به او مات المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال
معلقة بعدم شرط الموافاة فاذا وجد الشرط لزم المال ولا
يبرا عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال
عليه فلا تنتفي بوجودها الا ترى انه لو كفلها جملة في وقت
واحد صحت ولو تنافيا لما صحت وانما قلنا يجوز تعليقه
بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق
بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما
هو تعليق لوجود المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح
فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او
لعجزه بموته او جنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان
عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب قال رحمه الله
ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان لم اواف به غدا
فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا ولا فرق
بين ان يبين المائة او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلازمه
فقال لي عليه حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر
دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار
فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل وقال محمد ان لم يبينه وادعى
وبينها لا يلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور
الماتريدي وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل

التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل عند عدم
الموافاة به فصار يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان النسبة
اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو
ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس
القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى
ولم يصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة
بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان
تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه
كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى
ده فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان لها
بالارسال والمراد ما عليه واما اذا لم يبين
فلان العادة بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القاضي
فيجعلونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل
الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى
والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف
بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر بيان ان الكفالة بالنفس قد صحت
فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها قال رحمه الله
ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وغيرهما

من الحدود ولا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق
لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم
النفس واجب على الأصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى
المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى
وله قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولأن
الكفالة للاستيثاق ومبناها على الدرء فلا اجبار على اعطا
الكفيل فيما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق
لانها لا تسقط بالشبهات قال رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى
يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي
بالعدالة لأن الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين
تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في
الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان
لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه
الصلوة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث
لا يحبس فيها ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت
الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما لانه لا يحبس في الحدود
والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة
قال رحمه الله وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا
بكفلت عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما

بايعت

بايعت فلانا فعلي وما ذاب عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي
اي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا كقوله كفلت
لان الكفالة مشروعة فيه عليه اجماع الامة وهي مبنية على التوسع
فتحتمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا
وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق
من المبيع وكفى به حجة وشرط ان يكون دينا صحيحا لانه اذا
لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة وتجوز
الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص
لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة
فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه
وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فح تكون حوالة
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اي للطالب
مخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الأصيل وكذا له أن
يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك
يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الأصيل فح
تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرأ
المحيل فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ
قال رحمه الله ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر لما ذكرنا
ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق

المبيع او لامكان الاستيفا كان قدم زيد وهو مكفول او لتعذ
كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملايمة لا
الشروط والملايمة تثبت بكون الشرط سببًا لوجوبه كقوله ان استحق
على الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفا كقوله ان قدم فلان فعلي
ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه
التمسك بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب
لوجوب الحمل وهو المجي بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم
تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون منازعًا عن غيره وهذا الكفيل
ضامن عن نفسه لانه هو الذي تجب عليه الاجرة ولا يقال ان الاية
تدل على ان الكفالة المجهول جايزة فلا يبقى لكم حجة لاجماع الايمة
على ان ضمان الدرك جايز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه
ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقولك ما
غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له والمكفول عنه تمنع حتى
لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل عنه
او قال من قتلته انت او غصبته فانا كفيل عنه لا يجوز الا اذا
كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت بما لك على
احد هذين فانه يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال
رحمه الله ولا تصح بجوان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا

يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان
علقه به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر في الكافي والهداية
وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان
الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم
ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا
يصح التاجيل ويجب المال حالا ولذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها
بشرط ملايم ويجوز تاجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة
فيهما متحملة كالتاجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب
الريح او هبوب المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس
حالا قال رحمه الله فان كفل بماله عليه فبرهن على الف لزمه والا
لا يعني اذا تكفل رجل بماله على فلان فاقام الطالب البينة على ان
له الف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
وان لم يقم فلا يجب عليه شي لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب
وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدعي ولا يقبل قوله الا بالبينة
قال رحمه الله صدق الكفيل بما اقر به بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب
على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشي والمسئلة بحالها وادعى الطالب اكثر
من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول عنه باكثر
من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير
لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك

علي فلان فعلي فاقر فلان علي نفسه مثلاً بالف فانكر الكفيل
ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه
شي لما بينا قوله فان كفل بامره رجع بما ادي عليه لانه قضي دينه
بامره معناه اذا ادي ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي او
عبد محجور عليهما اما اذا ادي خلافه بان كان الدين المكفول
به جيداً فادي رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادي
لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة
او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حياته
وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه
ينتقل الدين اليه بمقتضي الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة
او يجعل كالدينين للضرورة او نقول بوجوبه عليه فلا يجب
عليه ان يسامح الاصيل بخلاف المامور بقضا الدين حيث يرجع
بما ادي ان ادي الردي في الدين وان ادي اجود منه لا يرجع
الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شي في ذمته وانما يثبت
له حق الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه
فيرجع عليه بما ادي ما لم يخالف امره بالزيادة وما لم يخالف ما
اذا صالح علي اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر
ما ادي واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور عليهما فلان
الامر بالكفالة استقراض منه من المامور واستقراضهما لا

يصح

لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان
صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا امر الامر بخلاف الصبي
والعبد الماذون لهما لان امرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح
وانما لم يملكا تكفلا عن احد لكونه تبرعاً فيرجع عليهما الكفيل
قال رحمه الله وان كفل بغير امره لم يرجع عليه لانه متبرع بادائه
عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله ولا يطالب
الاصيل بالمال قبل ان يودي عنه لانه التزم المطالبة وانما تملك
الدين بالاداء فلا يرجع قبل التمليك بخلاف الوكيل بالشراء حيث
يملك قبل الاداء لان الوكيل من الموكل بمنزلة البايع من المشتري
فيما يرجع الي الحقوق والاصح انه انعقد بينهما مبادلة حكمية
حتي لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وان كان للوكيل ولانه
حبس المبيع عن الموكل الي ان يوفي الثمن كما كان كذلك للبايع
اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن
قبل ان يودي كما كان للمشتري ان يطالب المشتري منه اذا
باع منه ان يوفي الثمن الي البايع قال رحمه الله فان لوزم
لازمه اي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل
حتي يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله
في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتي
يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله وبري

باداء الاصيل اي بري الكفيل باداء الاصيل لان الاصيل
يبراء بالاداء وبراته توجب براة الكفيل لانه ليس عليه دين
صحيح وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقي المطالبة
بدون الدين قال رحمه الله ولو ابراء الاصيل او اخر عنه بري
الكفيل وتاخر عنه اي لو ابراء الطالب الاصيل او اجل دينه
بري الكفيل وتاجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا قال رحمه الله
ولا ينعكس اي براة الكفيل لا توجب براة الاصيل ولا تاخير
عنه يوجب التاخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين علي
ما بينا الا تري ان للدين وجودا بدونه ابتدا فكذا بقاء
وبخلاف ما اذا تكفل بالدين الحال مؤجلا الي شهر حيث يتاجل
عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة للكفيل حال وجود الكفالة
فانصرف الاجل الي الدين قال رحمه الله ولو صالح احدهما رب
المال علي الف علي نصفه بريا اي صالح الاصيل او الكفيل الطالب
علي خمسماية عن الف التي عليه بري الكفيل والاصيل اما اذا صالح
الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبراء هو وبراته توجب براة الكفيل
علي ما بينا واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الي الالف
اضافة الي ما علي الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه
المطالبة علي ما بينا فبراته توجب براة الكفيل قال رحمه الله
وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع الي المطلوب اي

الكفيل رجع علي المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من
الكفيل لان البراة التي يكون ابتداوها من الكفيل وانتهاوها
الي الطالب لا يكون الا بالايفا منه فصار كانه قال دفعت
الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب
علي واحد منهما لاقراره بالاستيفا من الكفيل قال رحمه الله وبطل
تعليق البراة من الكفالة بالشرط لان في الابرا معني التمليك
كما في الابرا عن الدين وهذا علي قول من يقول بثبوت الدين علي الكفيل
ظاهر وكذا علي قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها
تمليك المطالبة وهي كالدين قال رحمه الله والكفالة بحد
وقود ومبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه الاشياء
باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة
انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفايه ولا تجري النيابة
في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد
فلا يمكن اقامتها علي غير الجاني لعدم الفايدة واما الكفالة
بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها
ان يكون المكفول به مضمونا علي الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما
علي الاصيل فلا بد ان يكون واجبا علي الاصيل ومضمونا عليه
حتي يتحقق معني الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه

واغا هو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شي بل
ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط
دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس هو
بواجب على الاصيل وكذلك الامانة ليست بمضمونة على الاصيل
لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا
يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله
وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشرا ومبيعا فاسدا
يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الخ لان الثمن دين صحيح مضمون
مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء
والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك عنده
يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه
على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة لغيرها كالبيع والرهن
وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل
بتسليم العين سوا كانت مضمونة او امانة لان تسليم
العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفل
بالنفس لانه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرا
كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل
كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب
كالوديعة والاجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم

غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله وحمل
دابة معينة مستاجرة وخدمة عبد استوجب للخدمة يعني
لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل
عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها
ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل
على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق
الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه وكذا العبد للخدمة بخلاف
ما اذا كانت الدابة غير معينة للحمل لان المستحق على المؤجر
الحمل والكفيل يقدر على ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو
تكفل بتسليم الدابة اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في
المبيع قال رحمه الله وبلا قبول الطالب في مجلس العقد وقال
ابو يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء
وقيل عنده يشترط القبول والاول اظهر عنده وفي البزازية
الفتوى على قول الثاني لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه
بعد القيام من المجلس فاجاز ذكر في المبسوط في موضعين شرط
الاجازة في احدهما دون الاخر قال رحمه الله الا ان يكفل وارث
المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة بقبول المكفول له في المجلس
عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته او بعضهم
تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء

فانه جايز استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا عنه دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض لدين وغرماوه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذه الحالة قايم مقام الطالب لحاجته اليه من الطالب تفريغا لذمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا ينفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على م الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نايبه كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل قال رحمه الله وعن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لما روي انه عليه الصلاة والسلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين قالوا نعم درهمان او دينا ران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة رضي الله عنه وقال ذلك علي فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهذا لا سقط لا بالايفاء والابراء او انفساخ سبب الوجوب وان لم يوجد

شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حق حكم الاخرة ولو تبرع به انسان يصح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع قال رحمه الله وبالثمن للموكل ولرب المال اي لا يجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا تبطل بموت الموكل او بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة اليهما قد قال رحمه الله وللشريك اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يوديه المشتري والكفيل من الثمن الاول شريكه فيه نصيب ولانه يودي الى قسمة الدين قبل القبض فانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل

يوديه الي شريكه مشتركا بينهما فيرجع المودي بنصف ما
ادي لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الا
ان لا يبقي في يده شي فيودي بجوبزه ابتداء الي ابطاله انهما
بخلاف ما اذا باعاه صفقتين بان سمي كل واحد منهما ثمنا
ممتازا عن نصيب الاخر فلا شركة الا تري ان المشتري لو
قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر فلا شركة الا تري ان
المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا
لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه
ولهذا لو استوفي احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا
يشاركه الاخر وفي الفصل الاول يشاركه قال رحمه الله
وبالعهدة اي لا تجوز الكفالة بالعهدة وانما لا تجوز لان العهدة
اسم مشترك قد يقع علي الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة
كتاب العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن
تسليمه الي المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق
علي العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد
وعلي حقوق العقد لانها من ثمرات العقد ففي الخبر عهدة
الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه لتعذر العمل بها
قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان
ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع

وهو

وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان يصرف الي
ما يجوز به الضمان وهو الدرك تصحيحا للتصرف قال رحمه الله
والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهو عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لانه ضمان لان تفسيره
عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه
وهذا ضمان الدرك في المعني وابو حنيفة يقول تفسيره
تخليص المبيع ان قدر عليه لا محالة وهو لا يقدر علي ذلك
لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن
جاز قال رحمه الله ومال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي
فلا تجوز الكفالة به وهو دين المولي عليه علي مملوكه فلا يظهر
في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يوفي
فلا يفيد ايجابه علي الكفيل علي هذه الصفة لعدم الفايدة
قال رحمه الله ولو اعطي المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل
الطالب لا يسترد منه اي لو قضي المكفول عنه الدين للكفيل
قبل ان يعطي الكفيل للمكفول منه ليس للمكفول عنه ان يسترده
منه لانه تعلق به حق القابض علي احتمال قضايه الدين فلا
يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها
الي الساعي او كمن اشتري شيا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل فسخ
المدة ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع

كان لزمه وهو ان تصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي
مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قايما لا يستقر ملكه بالقبض
لان المطلوب دفعه اليه علي وجه القضاء واخذه الكفيل
علي وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان ياخذ
الطالب حقه منك فانا اقبضك المال قبل ان تؤديه بخلاف
ما اذا كان الدفع علي وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل
خذ هذا المال وادفعه الي الطالب حيث لا يصير المؤدي ملكا
للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده
من الكفيل قال رحمه الله وما ربح الكفيل له اي اذا ربح الكفيل
بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب
له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق
به سوا قضي الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب علي
الاصيل الا تري انه تاخر مطالبته به حتي يدفع فنزل منزلة
الدين المؤجل فيملكه بالقبض علي ما بينا قال رحمه الله وندب
رده علي المطلوب لو شيئا يتعين يعني يستحب رد الربح علي المكفول
عنه اذا كان المقبوض شيئا يتعين كالحنطة والشعير وهذا
اذا قضي الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق
به وقالا يطيب له الربح رواية عنه لانه ملكه بالقبض علي
مثال ما لو قضي الدين المؤجل وربح فيه وله ان الخبث فيما

يتعين لان اقتضاءه قاصر الا تري ان المكفول عنه يتمكن من قضاء
دينه واسترداده لعين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة
فاذا لم يطب له يتصدق به في رواية علي الفقرا وفي رواية
يرده علي الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا
يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه يطيب
له هذا اذا اعطاه علي وجه القضا لدينه وان دفع اليه
علي وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق قال رحمه الله ولو
امر كفيله ان يتعين عليه حريرا فالشرا للكفيل والربح عليه
وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيعه العينة وهو ان
يقول له المشتري من الناس حريرا او غيره ثم بعه فما ربح البائع
منك وخسرت انت فعلي وصورته ان ياتي هو الي تاجر فيطلب
منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه
التاجر ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق
بعشرة فيصل الي العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الي اجل
ويقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه منه علي انها من الثوب
فيبقي عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح
الذي ربحه التاجر عليه يلزمه ولا يلزم الامر شي من ذلك لانه
اما ضامن لما يخسره قال بعضهم نظرا الي قوله علي انها للوجوب

فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل
بالشرا فقال البعض نظرا الي الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع
الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف
يقال باعه بعينة يعني نسيئة من غير الميزان وهو مسلم م
لانها زيادة وقيل لانها تبيع العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض
شراء ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين
الي العين لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح
النفس وهذا مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه
الصلوة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر
ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال رحمه الله ومن كفل عن رجل بما ذاب
له عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي
علي الكفيل ان له علي المدعي المطلوب الفا لم لانه كفل مالا يجب
في المستقبل بالقضا او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان
القضا علي الغايب لا يجوز فلم يوجد شيا ولم يوجد شرطه ولهذا
لو اقر الكفيل علي الاصيل بالف درهم لا يجب علي الكفيل لان اقرار
لا يوجب علي الاصيل وشرط لزوما لكفيل في هذه الكفالة الوجوب
علي الاصيل فكذا القضا وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا
قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعدها فيجب
عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتي لو ادعي الوجوب بعدها

الكفالة

الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة
واقام البينة قبلت بينته لانه ادعي عليه مالا دخل في الكفالة
ولزمهما المال قال رحمه الله ولو برهن ان له علي زيد كذا وان هذا
كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر علي الكفيل فقط
اي لو احضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له علي زيد
الف درهم وان هذا الشخص كفيل بامره قبلت البينة وقضي علي
الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفيل عنه بغير امره
قضي علي الكفيل فقط ولا يقضي علي الغايب لان للمدعي هنا ما
مطلقا فامكن اثباته بخلاف ما تقدم علي ما بيناه فان قيل
كيف يقضي علي الغايب اذا كانت الكفالة بامره والقضا علي
تد الغايب لا يجوز قلنا اذا لم يتوصل الي حقه علي الحاضر الا باثباته
علي الغايب يجوز القضا علي الغايب كما اذا ادعي عبد ان الحاضر
اشتراه من الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشراء والاعتاق كان
الحاضر خصما عن مولاه حتي اذا اثبت العبد الشرا والعتق نفذ
علي الغايب حتي اذا احضر ليس له ان يدعيه قال رحمه الله وكفالته
بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري
عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته
تسليم للمبيع واقرار منه لانه لاحق له فيها حتي لو ادعي ان الدار
ملكه او ادعي الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة

ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة
في المجلس فان قبل وابرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار
ساعيا في نقض ما تم من جهته فضل سعيه في الحياة الدنيا
وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة
اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري الا بالكفالة
خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك
لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله وختمه
وشهادته لا اي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما
حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها
ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير
المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة
او ينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة باعه وليس فيه ما
يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الابرام
على ما بينا قال رحمه الله ومن ضمن عن آخر خراجه او رهن به او
ضمن نوايبه وقسمته صح اما الخراج فلانه دين له مطالب
من جهة العباد فصار كساير الديون وهذا لانه يجب حقا
للمقاتلة بدلا عن الذب عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة
الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها
جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا

يوخذ منه شيء والكفالة بالاعيان غير مضمونة لا تجوز ولان
الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ثم قيل المراد بالخراج
الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام
كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه
الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى
الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز
في كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوايب فقد اختلفوا في
صورته فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة الحارس وكرا
النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
قال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا
ياخذها الظلمة بغير حق فان كان مراده الاول جازت الكفالة
لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف
المشايخ قال بعضهم لا تجوز الكفالة فيه منهم صدر الاسلام
البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وفي
الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى
الضم وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام لانها في المطالبة مثل
ساير الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الآخر بالاخذ

ظلما وقلنا ان من قضي نايبه غيره بامره رجع عليه وان
لم يشترط الرجوع كمن قضي دين غيره بامره قال رحمه الله ومن
قال لاخر ضمنت لك علي فلان مائة الي شهر فقال هي حالة
فالقول للضامن يعني اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان
وادعي فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل
كان القول قول المقر لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد
شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله
بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين
وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر
بالدين ثم ادعي حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله الا ببينة
ولان الاجل في الكفالة نوع حتي يثبت فيها من غير شرط بان
كان الدين مؤجلا علي الاصيل وفي الدين عارض حيث لا يثبت الا
بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع الاول للمقر لانه
صفة للدين وقال الشافعي رحمه الله القول فيهما للمقر لان الاجل
وصف فيهما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر
وقال ابو يوسف رحمه الله القول للمقر في الفصلين رواه عنه
ابراهيم بن يوسف لان المقر قد اقر بحق ثم ادعي تاخيره فلا يصدق
الا بحجة لانه ادعي ان له علي صاحبه حقا وهو التاخير الا تري
انه لو اقر بالكفالة علي انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل

الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين قال رحمه الله
ومن اشتري امة وكفل له رجل بالدرك ثم استحقت لم يأخذ
المشتري الكفيل حتي يقضي له بالثمن علي البايع لان
الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق
وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم علي البايع برد الثمن
علي المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق
البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم يقض
لم يجب الثمن علي البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق
مملوك الا تري انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه البايع فلم يخرج
عن الحالة الاولي عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من
انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع
علي بايعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في
ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط
احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن فيلزم الكفيل ضرورة
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية
فيرجع علي البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة رحمه الله ان البيع
ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب
الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض
بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف

ان العين اخذها الحكم دليل الفسخ والظاهر هو الاول
والله اعلم **باب كفالة الرجلين والعبدين**
دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به
علي شريكه فاذا زاد علي النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان
لرجل دين علي اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به علي شريكه حتي
يزاد ما يوديه علي النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد
منهما اصيل في النصف وفي النصف كفيل فما يوديه بنصف
الي ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة
وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة
والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول لان سبب الاول
وهو الشرا اقوي من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ
الاول من المريض جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ
الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين
مستغرق لا يجوز اصلا فكان اكد فلا يعارضه الضعيف وهو
نظير ما لو اشتري ثوبا وفضة بفضة فقبضهما او قبض
الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض
الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف لان الصرف اقوي والكد لانه اوجب
القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع

للدين ولا معارضة بين الاصل والتبع **قال رحمه الله** وان كفلا
عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما ادي رجع بنصفه علي شريكه
او بالكل علي الاصيل معناه اذا كان علي رجل دين الف درهم مثلا
فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه علي الانفراد ثم كفل
كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه من الكفالة لان
الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل فما ادي احدهما
رجع بنصفه ثم يرجعان علي الاصيل ان شاء وان شا رجع هو
بالكل علي الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض
علي البعض اذ الكل كفالة فيكون المودي شايعا عنهما فيرجع
بنصفه علي شريكه اذ لا يودي الي الدور لان قضية الاستوا
وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض
الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء
في السبب يوجب الاستوا في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولي
لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا فلا يضره الرجوع فيودي
الي الدور ثم يرجعان علي الاصيل لانهما ادياعنه دينه بامره
احدهما بنفسه والاخر بنايبه **قال رحمه الله** ولو افترق المتفاوضان
اخذ الغريم ايا شا بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر
علي ما بينا في الشركة **قال رحمه الله** ولا يرجع حتي يودي اكثر
من النصف لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين **قال رحمه الله**

وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادى احدهما
رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة
المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل
فعند الاجتماع اولى فصار كما لو اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان
ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيحه
هذه الكفالة بان يجعل المال كله على واحد منهما في حق المولى وفي حق
نفسه وعتق الاخر معلق بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع
المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق
الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد كفيل في حق صاحبه لان
المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته
بما عليه اصلية وكفالة المكاتب بما عليه اصل جايز فكان كل واحد
منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا
تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها
حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة
لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيا وقع عن الدينين نصفه ونصفه
ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق
المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما ثم المسئلة على ثلاثة اوجه
احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة فكل واحد منهما يلزمه حصته
على حدة وكل واحد كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني انه

يكاتبهما

يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد
منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته والثالث يكاتبهما
كتابة واحدة على انهما ان اديا عتقا واذا عجزا ردا في الرق
ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا
مثل الفصل الثاني لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل
المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان
صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال نصا فلو
عتق واحد منهما باداء حصته كان مخالفا الشرط وما استدل
به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا
قال رحمه الله ولو حرر احدهما اخذ ايا شاء بحصته ما لم يعتق
معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل
واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك
في الرقبة ويأخذ بحصته الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء اخذ
المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله
فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق
اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع
به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل
الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة لانه لم يكن في الابتدا كفيلا فقط
وانما كان ببدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه

في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الادا عن صاحبه وبعد العتق
لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تعزير الاصالة
فيه فبقي كفيلا قال رحمه الله ومن ضمن عن عبد مالا يوخذ
منه بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر
في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او بالاستقراض او بالوطي
او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى
فلا يواخذ بها في الحال وانما يواخذ بها بعد الحرية فلو ان
انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال
لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا
ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته فصار كما لو كفل عن غائب
او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين موجل حيث يلزم الكفيل
حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب
بالدين الموجل في الحال ثم اذا ادي عنه يرجع به بعد العتق
ان كان بامره لان الكفيل بالادا ملك الدين وقام مقام
الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يوخذ به المعتق
احترازا عما يوخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او
دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا
شبهة قال رحمه الله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل
فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على

عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد بري الكفيل والفرق
ان في الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد
وهو المكفول به بري وهو برائته توجب برآة الكفيل على ما
بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول حرا
او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد
والكفالة بالاعيان المضمونة جايزة فيجب على ذي اليد
رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل
اذا اثبت المدعي بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصل
والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف
ما اذا اثبت الملك باقرار ذي اليد او بنكوله لان اقرار
الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر هو به بنفسه
قال رحمه الله ولو كفل عبد عن سيده فعتق فاداه الكفيل
وكفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر
ومعنى الاول ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل
يصح اذا لم يكن عليه دين ثم فائدة كفالة المولى عن عبده
وجوب مطالبته بايفاء الدين من ساير امواله وفائدة
كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته كتاب الحواله
هي لغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس اي نقله قال
رحمه الله برضى المحتال والمحال عليه وهذا من شرايطها والقبول

وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع
الامة وقال عليه الصلوة والسلام من احيل علي ملي فليتبع
والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر علي تسليمه
فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالدين
لانها تنبي عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان
الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة
فجاز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما الشرعي فالعين
فحسي فلا ينتقل النقل الحكمي بالنقل الحسي وانما اشترط
رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف الذمم فلا بد من
رضاه لاختلاف الناس في الايفا فمنهم من قال مع القدرة ومنهم
من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه
والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون
فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسمح
ولم يذكر المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه للرجوع عليه
او يسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون المكفول
عنه قال رحمه الله ويبري المحيل بالقبول من الدين وهذا
حكمها وقال زفر لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد
المطالبة كالكفالة لا توثر في سقوط ما كان له من المطالبة
وقال ابن ابي ليلي يبرا في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة

ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت علي وفق المعاني اللغوية
فمعني الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل
لان الدين متي انتقل من ذمة لا يبقي فيها والكفالة معناها
الضم فيقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة ولا يتحقق ذلك
مع براة ذمة الاصيل والاستيثاق فيهما بالضم وبالحوالة من
باختيار من هو الاملي من المحيل واحسن من المحيل في القضاء
ولا يقال لو برا لما اجبر المحتال علي القبول اذا قضا المحيل
الدين كما لو قضاه الاجنبي قال رحمه الله ولم يرجع المحتال
علي المحيل الا بالتوي وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع عليه عند
التوي لان ذمة المحيل قد برئت براة مطلقة بالحوالة فلا يعود
الدين الي ذمته الا بسبب جديد كالغاصب وغاصب الغاصب
واذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الاخر
ثم بالتوي عنده لا يعود الحق علي الاخر وكالمولي اذا اعتق عبده
المديون فان الغرما يخيرون بين تضمين المولي قيمته وبين
اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وتوي ما عليه لم يرجعون
علي الاخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
في المحتال اذا مات مفلسا يعود الدين الي ذمة المحيل وقال لا
توي علي مال امري مسلم ولان المقصود من شرعها الوصول الي حقه
بالاستيفا من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في

نفس الوجوب وانما تختلف في الايفا فهذا هو المعلوم بين
الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع قال رحمه الله
وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
اي التوى يكون باحد هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه
الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا بان
لا يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول
الى حقوقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا
بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا
وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه
بالاصل وهو العسرة كما اذا كان موجبا وانكر اليسر ولو فلسه
الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ عنه بتفليس الحاكم وقطعه
عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته
مفلسا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ثابت في ذمته وتعذر
الاستيفا لا يوجب الرجوع الا ترى ان الدين لا يتصور تحققه
وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا
للوجوب بموته معدوما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده
لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح او بالعكس ويحتمل
انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير

ما لو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا تقبل لانه لا
يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على
تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بامره
او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة
المحيل لان عقد الرهن لم يبق موت المحال عليه مفلسا اذا لم يتو
الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال وبخلاف ما اذا ترك
كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله
فان طلب المحتال عليه المحيل بما احال فقال المحيل احلت بدين
لي عليك ضمن المحيل مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد
تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل
قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه والقول
قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه
بالدين عليه ولا قبوله للحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة
قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما له على المحال عليه بل
حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء
والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له
قال رحمه الله وان قال المحيل للمحتال احلتك بقبضه لي
فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر ولا يكون الاقرار من

المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرار منه بان عليه دينا
للمحتال لأن لفظ الحوالة يستعمل بمعني الوكالة قال محمد رحمه الله
اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي
وليس في المال ربح ولكن يقال له احل رب المال اي وكله
فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين علي المحيل بدعواه بل يكون
القول للمحيل اذ هو متمسك بالأصل لان فراغ الذمة هو الاصل
ولو لم يدع الدين علي المحيل بان ادعي ان الدين الذي علي المحال
عليه ثمن ماله لد باعه المحيل له بطريق الوكالة ثم وادعي
ان الدين له وصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر
المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال
والانسان ان تصرف لنفسه ظاهرا لا يسمع ان ذلك المال كان
له بلا بينه فيكون القول للمحيل قال رحمه الله ولو احال بما
له عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ اي اذا كان له
وديعة دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه
اقدر علي التسليم فكانت اولي بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة
مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرا به لانه تخلفه القيمة والفوات
الي خلف كلا فوات حتي لو هلك المغصوب لا الي خلف فان استحق
بالبينة صار مثل الوديعة وقد يكون مقيدا بالدين فحاصله

ان الحوالة علي نوعين مقيدة ومطلقة فالمطلقة المقيدة ان
يقيدها بدين له عليه او العين في يده وديعة او غصب او
نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشئ مما عنده
من وديعة او غصب او دين او يحيله علي رجل ليس له عليه شيئا
ولما ذكرنا من المعني ولان كلا منهما يتضمن امورا جايزة عند الانفراد
وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفا وتوكيل المحتال
بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما
عنده من العين او الدين الي المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم
المطلقة ان لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحتال
عليه يرجع علي المحيل بعدما ادي اذا كانت الحوالة برضاه وليس له
ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان يلازمه اذا لوزم ويحبسه حتي
يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا علي المحيل كان مؤجلا
في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل
لانه خرج من الدين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل
كان حقه وقد استغني عنه وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة
المحال عليه بما احاله عليه من دين او غيره لانه تعلق به حق المحتال
علي مثال الرهن ولو ملك الراهن المطالبة لبطل حق المحتال علي مثال
الرهن ولا يملك ذلك كما لا يملك المطالبة بحق المرتهن بخلاف المطلقة
لانه تعلق حقه بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا

تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من العين او الدين الا
ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه بخلاف المقيدة وبخلاف
المطلقة اذا المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال
من غرما المحيل عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرما المحيل
اذا قسم الدين بين غرما المحيل فلا يرجع المحتال على المحيل بحصة
الغرما لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا وليس
له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد
المخاصمة لانه صار ناويا فلا يرجع به على احد **قال رحمه الله**
وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق
وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في
موضع الامان وهو ترب سفتجة وسمي هذا القرض به لاحكام
امره وانما كره لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قرض
جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس والله اعلم

كتاب القضاء والقضاء في اللغة الاحكام والاتقان
قال قايلهم وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع
اي احكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه افضل
العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة
فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم ولا
تتبع اهواءهم والحاكم نايب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم

من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد
والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل
اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد البلاد
والعباد **قال رحمه الله** اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما
يثبت الولاية على غيره الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم
بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب
واحد فيستفاد احدهما من الاخر **قال رحمه الله** والفاسق اهل
للقضا كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان
القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل
فاذا اخذ القضا بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة
لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفا
ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد
عدالته فلم يكن راضيا بدونه كالعبد المأذون له في التجارة اذا
ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا الثلاثة في
النوادر وان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدا لة
شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى ولي الجاهل صح وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا ماموما لقوله عليه الصلوة
والسلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث
فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور

والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء
بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق
غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الي المستحق وهو
يحصل بالعدل بفتوي غيره ولا حجة لهم في الحديث فانه عليه الصلوة
والسلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا
ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا تقليد الاعمال منه وصلوا
خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله
والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور المسلمين وخبره
غير مقبول في الديانات وجه الاول انه يجتهد قال رحمه الله
ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي
ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وفهمه وصلاحه وعلمه
بالسنة والآثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا
من غير ضعف لان المقصود من القضا دفع الفساد وايصال
الحقوق الي مستحقيها واقامة حقوق الله تعالي وهو من اهم
امور المسلمين فكل من كان اقوي واعرف واوجه واهيب واصبر
علي ما اصابه من الناس كان اولي وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك
ويولي من هو اولي لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولي منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين قال رحمه الله والاجتهاد وشرطه الاولوية لانه اقدر

علي الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب
بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما يتعلق بالاحكام
منها ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية
واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع الذي
استخرجها المجتهدون بارائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا
ان يكون عارفا بالفروع المبنية علي اجتهاد السلف كابي حنيفة
والشافعي وغيرهما وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين
فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث
لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من ان
يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام
يبني عليها قال رحمه الله والمفتي ينبغي ان يكون هكذا يعني في
العلم والامانة لانه اقدر علي المقصود وابعد من الغلط واكثر
فيعتمد عليه قال رحمه الله وكره التقليد لمن خاف الحيف اي
الظلم وان امنه لا اي ان امن الظلم لا يكره التقليد لان كبار
الصحابة والتابعين وكبراهم تقلدوه وكفي بهم قدوة قال رحمه الله
ولا يسال القضا لقوله عليه الصلوة والسلام من طلب القضاء
وكل الي نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولان من طلبه
يعتمد علي نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل علي ربه فيلهم

المشايخ ان يدخل في القضا مختارًا لقوله عليه الصلاة والسلام
من ابتلي بالقضا فقد ذبح بغير سكين وكان في بني اسرائيل
من فرغ نفسه سنة للعبادة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضا
ايسوا من نبوته فهذا دليل علي انه مسقطة وان تعين هو للقضا
بان لم يكن احد غيره يصلح للقضا وجب عليه الطلب صيانة
لحقوق المسلمين ودفعًا لظلم الظالمين قال ويجوز تقلد
القضا من السلطان العادل والجاير ومن اهل البغي لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي
وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه اخواننا
بغوا علينا وعلما السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا تمكنه
من القضا بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر للمسلمين قال
فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخرايط التي بها السجلات
والمحاضر وغيرها من الصكوك ونصب الاوصيا والقيما في
الاوقاف وتقديرًا لنفقات المفروضات لان الديوان يكون
حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا وهذا لان م
القاضي يكتب نسختين احداهما في يده لاحتمال الحاجة اليها
والاخري في يد الخصم وما في يد الخصم لا يومن عليه التغيير
بزيادة او نقص ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال
في وجوب تسليمها الي الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله

وقد

وقد انتقل العمل الي غيره ولا معني لتركها في يده بعد العزل
وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان
الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يعمل علي انه من عمله
ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنائه
او عدلا واحدًا والاثنان احوط ليقبضان ديوان المعزول بحضرته
او بحضرة امينه ويسالان المعزول شيا فشيا فما كان فيها من نسخ
السجلات في خريطة وما كان من نصيب الاوصيا في اموال اليتامي
يجمعانه في خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة لان
هذه النسخ كانت تحت يد المعزول فلا تشتبه عليه متي احتاج الي
نسخة منها واما الجديد فيشتبه عليه ما لم يجمع كل نوع منها
في خريطة وبالجمع تسهل وانما يسالان المعزول وان لم يكن قوله
حجة لينكشف عنهما ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزًا
من التغيير قال وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد
ينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرًا للمسلمين قال فمن
اقر بحق او قامت عليه بينة الزمه لان كل واحد منهما حجة ولا يقبل
قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد
غير مقبولة لا سيما علي فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة ولم يقر
هو وادعي انه حبس ظلمًا لا يعجل التخلية قال والا نادي عليه
الا ان تقم عليه بينة اي ان لم يقر نادي عليه لان المعزول

حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له وينادي عليه
اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان
الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر له فيها
خصم والا اخذ منه كفيلا واطلقه والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى
بين هذه وبين مال قسمة التركة حيث لا يوخذ من الورثة كفيل اذا
ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخر الى ...
لاحتمال ان يكون لهم وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المتحقق
وفي هذه المسئلة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه
بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح
مكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه **قال** وعمل في الودائع وغلات
ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده
لان اقرار الاجنبي غير مقبول **قال** ولم يعمل بقول المعزول الا ان
يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودائع وغلات
الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف ذو اليد
في يده ان القاضي سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره انه
مودع للقاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل قوله فيهما
لانه يثبت الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي
اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر للقاضي
باقراره الثاني والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر انه سلمه اليه بعد

ما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المعزول
سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي
سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر **قال** ويقضي في المسجد
وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي رحمه الله يكره
لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد
الحرام والحائض وهو ممنوع من دخوله لانه انما بني لذكر الله تعالى واقامة
الصلوات لا للخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون
للحكم في المساجد ولان الحكم فيه عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها
في المسجد وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده
والحائض تخبر بحالها فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على
الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد
وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر وسط البلد قال او داره لان الحكم
عبادة لا تختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله
اذن للناس في الدخول اليه ولا يمنع احدا من الدخول ويجلس معه من كان
يجلس معه في المسجد ثم لا باس به ان كان منزله في وسط البلد والا
فيقعد في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس للحكم يكون في
اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في
اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش ولو حكم وهو متكئ لا باس ولكن القضاء
مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انه

في مسيلة متكي فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر
الفتوى ولا باس ان يجلس وحده اذا كان عالما بالقضا وان
كان جاهلا يستحب ان يجلس معه اهل العلم لانه لا يومن ان ينزل
عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل
العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه
لاجل الهيبة قال رحمه الله ويرد هدية الا من قريب او ممن جرت
عادته بذلك لان الاولى صلة وردها قطيعة وهي حرام والمراد
بالقريب وهو ذو الرحم والثانية ليست لاجل القضا وانما جرت
العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد
على العادة يرده لانه لاجل القضا فتكون كالرشوة فيجتنب
عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله ودعوى
خاصة اي لا يحضر دعوى خاصة لانها شرعت لاجله والخاصة
هي التي لا يتخذها صاحبها ولو لا حضور القاضي وكل دعوة اتخذت
في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان تكون
للقريب او غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر وقال في
الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة
الخاصة للقريب لان اجابته صلة للرحم قال كذا ذكره الخصاف
وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة
الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي ان

ان لم يتخذ الدعوة لاجله فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية
وهو القياس قال رحمه الله ويشهد الجنازة ويعود المرضى لقوله
عليه الصلوة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه
ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه
ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته
وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان
كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال رحمه الله ويسوي
بينهما جلوسا اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلوة
والسلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة
صاحبه فيودي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا
بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعا ولا يقعوان
ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم بل يجلسا
كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم ويكون بينهما وبين القاضي
قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا
او رفع صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من اليسار
لان جانب اليمين افضل فيكون تقديما له على صاحبه بفعله
ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب فيه ان يسوي بين الابن
وابيه وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا

دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا
وهكذا فعل شريح مع علي رحمهما الله وكان خصمه رجلا من الرعية
وعلي خليفة فاذا سوى بينهما في الفعل فلا حرج فيما يجري في
قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالعدل لان ذلك لا
قدرة له عليه كما في العدل بين نسائه قال رحمه الله وليتق
عن مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته والمزاح
اي يجتنب هذه الاشيا احتياطا ويجتنب المزاح معهما او مع غيرهما
في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه
لا يكلمهما بغير ما تقدما لاجله فانه يذهب حشمة مجلس القضا
فاذا حضرا فهو بالخيار ان شا بداهما فقال ما لكما وان شا تركهما
حتى يبتدآ بالنطق وهو احسن كي لا يكون مهيجا للخصومة لانه
قعد لقطعها واذا تكلم المدعي سكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول
حتى فرغ الدعوى فاذا سكت استنطق الاخر لانهما اذا تكلما جملة
لا يفهم كلامهما فاذا انكر المدعى عليه سأله البينة فان عجز عنها
استحلف المدعى عليه اذ طلب المدعي يمينه ويرتب في الفصل
على مراتب فيبدأ بالسابق ويجعل في ذلك امينا بخبره ولا يجمع بين
الرجال والنسا في زحمة بل يجعل الرجال في ناحية والنسا ناحية
الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوة فيجلسان بين يديه وقت
الدعوى قال رحمه الله وتلقين الشاهد اي يجتنب تلقين

الشاهد ايضا لان فيه اعانة احد الخصمين فيوهم الميل اليه
فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه
ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان
اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولا تهمة في مثله
فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته
بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا النوع رخصة عنده
رجع اليه بعدما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن
نوع تهمة فصل في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق
العقوبة بسبب دعاويه والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب
القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد
به الحبس واما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة
وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع
فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن
لهم سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز بالربط ولما كان في زمن علي
رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن
نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه فبنى سجنا اخر وسماه
مخيسا وقال رضي الله عنه فيه شعر

الا نري اي كيسا مكيسا ه بنيت بعد تاقو مجيسا قال
رحمه الله واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابي حبسه
في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب
المدعي حبسه بعد ابائه من الدفع لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال
الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختيار ظهرت قدرته
لانا تيقنا بحصول المال والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا
يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله
مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم
استحق العقوبة ثم شرط المص رحمه الله الاباء ولم يفصل بين ما
اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال
اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور مطله بالانكار واذا ثبت
باقرار لم يثبت حبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة
فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه
لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الائمة
عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت له دينا الا
الساعة فاذا علمت قضيت قبل ان يثبت له حاله بالامر والمطالبة
بذلك والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله
فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابي حبسه لظهور مطله قال

رحمه الله لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه
بما راي اي لا يحبسه في غير ما ذكر من الديون وذلك مثل اروش
الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك ليس ببدل
المال ولا ملتزم بعقد فان ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال
بالبينة ثم يحبسه بقدر ما يري وقال بعضهم كل دين لزمه بدلا
كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول
للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت
ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسر وادعاها الفقر كان القول
قوله قال رحمه الله ثم يسأل عنه اي القاضي يسأل عن المحبوس
بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه
من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي
في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهد ان حاله
حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا
حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال
من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياطا وليس بواجب
لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست
بحجة فكان للقاضي ان لا يسأل ويعمل برايه ولكن لو سأل مع هذا
كان احوط قال رحمه الله فان لم يظهر ما له خلاه ولم يحل بينه
وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله لانه منتظر
بانتظار الله تعالى الى الميسرة قال رحمه الله ساعة فيلازمونه
كي لا يخفيه ورد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة على
النفي فلا تقبل ما لم تتايد بمؤيد وهو الحبس وهو يقبل على سبيل
الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان
يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة
المشايخ على الاول قال رحمه الله وبينة اليسار رجحت اذا
اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه البينة على
الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة
للاثبات قال رحمه الله وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم
فاذا امتنع عن ايفاء الحق مع القدرة عليه خلد في الحبس وفي الجامع
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه
فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر
الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا فاقر القاضي بجحوده عند
غيره ومماطلته او ظهرت له مماطلته بعد ما اقر عند غيره فحينئذ
يحبسه لما مر قال ويحبس من الرجل بنفقة زوجته لانه
ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف نفقة الماضية لانها تسقط
بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان
عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته على ما بينا قال

رحمه الله لا في دين ولده اي لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد
لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص
بقتله ولا يقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه
الميتة بطلبه قال رحمه الله الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني
لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق فانه حينئذ يحبس لان
النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع
الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف
ولم يمكنه دفعه الا بالقتل لان دين النفقة يسقط بمضي الزمان
ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى ان كان عليه دين يحبس
لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس بدين مكاتبه
اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع
المقاصة به ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله
اخذه ولا يخرج من السجن لمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان
احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امراته او جاريته عليه ان كان في
السجن موضع يستره لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة
وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان
منعه يؤدي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة
خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول
قرابته وجيرانه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين

ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر
حتى يحبس في درهم لان مانعه ظالم متعنت والله سبحانه وتعالى اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

اعلم ان هذا الباب
ليس من كتاب القاضي لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس
منه وانما اورده فيه لانه من القضا فكان ذكره فيه انسب قال
رحمه الله ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود هذا
استحسان والقياس لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته
فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب
لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا
الخاتم يشبه فكان اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما
روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه
قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين
نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا
ولا يقال يستغني عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا
نقول يحتاج القضاة في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول
وقد يتعذر ذلك لا سيما في بلاد الغربة ولا يجوز ذلك في الحدود
والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير
حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق
والشفعة والوكالة والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال

والنب

والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار
روي ذلك عن محمد رحمه الله وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به
للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة
اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيره من الحقوق
لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله وعن ابي
يوسف انه اجازه في الامة بشرايطه وهو ان يكتب المدعي ان كان له
عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بذكر
واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويقول انه شهد عندي فلان
وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا
وكذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى كذا وهو
اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت انه من
عند الكاتب سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان
الذين شهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد
ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب اذا وصل الكتاب الى القاضي
الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده
الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد

انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الي المكتوب اليه اولا ليبراء
كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم علي الغايب لا يجوز والذي عنده
العبد خصم وهو غايب ولكن يكتب ما جري عنده ويشهد شاهدين
علي كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الي ذلك
الحاكم حتي يقضي له بحضرة المدعي عليه فاذا وصل اليه الكتاب
فليفعل هو كذلك ويبرأ الكفيل والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا
انه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها مع امين معه فان شهدوا علي خصم
حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم قال رحمه الله
وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمي سجلا وانما يكتب
حتي لا تنسي الواقعة علي طول الزمان وليكون الكاتب مذكرا
لها والا فلا يحتاج الي كتابة الحكم قال والا لم يحكم اي ان لم يكن
الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم علي الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه
ولو حكم به حاكم يري ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي
حيث لا ينفذه خلاف مذهبه لان الاول محكوم به والثاني ابتدا الحكم
قال رحمه الله وكتب الشهادة ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا
يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل
فانه ليس له ان يخالفه قال رحمه الله وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه
اليهم اي القاضي الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرايطه لانهم
يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما

[illegible]

فيه لانهم يشهدون به كما في ساير الشهادات ومن شرايطه ان يكون
للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده حتي لو اخل
بشي منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتي لو كان
علي الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فالعنوان يكون
الظاهر فيعمل به ويكتب اسم المدعي والمدعي عليه علي وجه يقع به
التمييز وذلك بذكر جدهما او يذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شا
وان شا اكتفي بذكر شهادتهم ولا علي القاضي سوي كتابة الحاجة التي
لا بد من معرفتها قال رحمه الله فان وصل المكتوب اليه نظر الي
ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا
يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حتي يسمع
الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل وتنظيره الشهادة علي
الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاذا لا عند التحمل ويجوز
ان يقرا الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي
وان اقر فلا حاجة الي اقامة البينة انه كتابه قال رحمه الله فان
شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه
علينا وختمه فتحه القاضي وقراه علي الخصم والزمه ما فيه يعني اذا
ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجدت في الكتاب
عدالتهم بان كان القاضي الكاتب كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من
الثقات وذكر الخصاف انه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم وقوله

سلمه الينا الخ شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا
ولم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا او لم يعمل به وشرط في
الذخيرة حضور الخصم بقبول البينة بانه كتاب فلان ع
لا بقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز ثم لا بد
من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا
في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة وهي
مسيرة ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كان في
مكان لو غدا الى اداء الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر
وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء ان كتاب القاضي الى القاضي
مقبول وان كان في مصر واحد فكانهما اعتبراه بالتوكيل
وفي الظاهر اعتبر العجز قال رحمه الله ويبطل الكتاب بموت
الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى
الثاني او قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة
فموت الاصل قبل اداء الفرع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب
او ارتد او قذف فحد وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه
يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي لهما ان القاضي
الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابته بمنزلة اداء شهود الفرع
الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي
المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع

اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع الحكم
فكذا هذا وكذا الحكم في كل شاهد مات قبل اداء الشهادة قبل
الحكم ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا
عنده الا ان بهذا النقل حكم القضاء الا ترى ان هذا النقل يختص
الى القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ويجب على
القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي
بسماع البينة قضاء فثبت ان لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد
لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على
المكتوب قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي
به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي
كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود
الفروع اذا مات الاصول بعد ادائهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم
على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او موت
الفروع كما في سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل
الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع
هذا الحكم او حكم به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاءه
صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه واذا كان
الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر بخلاف
ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث ينفذ بنفس القضاء لما

عرفي موضعه ولو مات الكاتب بعد قراءة الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا بالقراءة فلا يبطل بالموت
كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر
ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضايه قال رحمه الله وموت
المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ
لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد
على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يتم
ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في
الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا الفعل واذا
عين واحد حصل التعريف وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره
تبعا له ولهذا جاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة
حين ابتلي بالقضا واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا على الناس
ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر وان قامت عليها بينة لانه ترجمة
عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم بين يدي هذا فلا يسمع كلامه لانه كواحد
من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في موضع حكمه
فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه مشافهة ونقول

ان

مثل القضا بشاهد ويمين او بالقصاص بتعيين الولي واحدا
من اهل المحلة ويمينه او بصحة نكاح المتعة او الموقت او بصحة
بيع عبد معتق البعض او بجواز نكاح الجنس او امراة الجد او الدين
بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه او مات في بطنها
او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال
عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة او بعدم
وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ
فيه حكم الحاكم لو قوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد
من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز
واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما
على احد القولين في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا
فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون
باقيا على حاله قال شمس الايمة يرتفع بلا خلاف وانما ينفذ حكم
الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي
بخلافه لضعفه قال رحمه الله وينفذ القضا بشهادة الزور
في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا في الاملاك المرسلة اي لا في
الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال
لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهما ان شهادة الزور

ظاهرا لا باطنا فكان كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكذا اذا قضي في نكاح لرجل علي امراة وهي منكوحة لغيره او معتدة وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع وإذا ادعت المراة ان زوجها ابانها بثلاث او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لا اشكال فيما اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشا قبل زوج اخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت الانشا علي قول ابي حنيفة رضي الله عنه وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضي القاضي بالتزام نكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما بالزوجية بالنكاح لان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فيبقي ما كان عليهما كان فلم يحتج القاضي الي القضا بالنكاح قال رحمه الله ولا يقضي علي غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي علي الغايب سببا لما يدعي علي الحاضر كمن ادعي عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب وقال مالك والشافعي يجوز القضا علي

الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلوة والسلام قضي لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غايب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقوله عليه الصلوة والسلام البينة علي المدعي مطلقا من غير اشتراط خصم ولان الحجة وجدت علي التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضا بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لعلي حين بعثه لا تقضي لاحد الخصمين حتي تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه ابو داود واحمد والترمذي بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم وان ينكر واحكامهما مختلفة الا تري انه عليه الصلوة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف ما تحكم فهذا دليل علي ان العلم بوجه القضا شرط لصحة القضا وان الجهل به يمنع القضا ولانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا وانما هو فتوي او اعانة علي اخذ ما له الا تري انه لم تدع الزوجية وان لم تقم البينة ولم يكن علي وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه الصلوة والسلام البينة علي المدعي ليس لهما فيه حجة وكذا لو اقام المدعي البينة علي خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب

المدعي عليه لا يقضي عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضي
عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا لو غاب قبل التزكية وكذا لو
اقر عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه قضي عليه وهو غائب لان
له ان يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي
بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة
الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وكذا لو اشتري جارية
ثم ادعي ان مولاها زوجها فلان الغائب او اراد ردها بعيب الزواج
لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه علي
الغائب شرطا لما يدعيه علي الحاضر والغائب مثل ان تقول المراة لزوجها
انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا لم تقبل
واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه تضرر
بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان
الغائب الدار فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن
المتاخرين من قال في الشرط ايضا يقبل مطلقا كما في السبب منهم علي
البردوي لان دعوي المدعي كما تتوقف علي السبب تتوقف علي الشرط
قال رحمه الله ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب
لان القاضي يقدر علي تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران
فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا تري انه
يجوز التاجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما

يكون علي شرف التوي بان يجحد المستقرض اقراضها القاضي حيث
يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي لكثرة الاشتغال فلا
يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الي امينه ودفعه اليه بطريق
القرض انظر لليتيم لانه لا يكون مضمونا عليه والوديعة امانة
ان هلكت هلكت بغير شيء ويؤمن التوي بجحود المستقرض لكونه
معلوما للقاضي ولكونه لا يقرض الا لديانته ومعرفته باحوال الناس
الا من امين يؤتمن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك لحفظه
لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينساه قال شمس الائمة في الاب
روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعني ما بينا وليس له
ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روي الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد
احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتي لو اختل حال احد منهم
اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا علي الاستخلاص
انما يقدر علي الغني لا من الفقير الا تري انه ليس له ان يقرض المعسر
ابتداء فكذا ليس له ان يتركه انتهاء والله اعلم

كتاب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء
وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالي
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما
واما السنة فما روي انه عليه الصلوة والسلام نزل علي حكم سعد

ابن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم
قال رحمه الله حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول
في حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا لما تلونا
ورويناه ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه
بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط
النفوذ بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته
وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته
ولا على العاقلة لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا
لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت
القتل باقراره او ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تتحمله
العاقلة خطأ كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما تتحمله ولكن
الجراحة عمد لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة
لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق
العباد والاول ذكر الخصاف وشرط ان يكون للقضاء لانه
بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى
لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه
لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما
فاسقا او امرأة جاز كما في القضاء لانهما اهل للشهادة في حقه

وكذا

وكذا يجوز تقليده القضاء بين اهل الذمة قال رحمه الله
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام
له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت
بتراضيهما فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما قال رحمه الله
فان حكم لزمهما حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي
اذا حكم لزمهم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا قال رحمه الله
وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه والا ابطله يعني اذا رفعا
حكمه اليه وتحاكما عنده نفذه وان وافق مذهبه لانه لا فائدة
في نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه
اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه قال
رحمه الله والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه
لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم
حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب والسنة
واجماع الامة على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية
على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل
فلا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه
باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي
حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهد لنا حتى كان له نقضه

اصطلاحهما اذا راي خلاف ذلك بخلاف هذا وهذا لانه اعطي
له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرايط القضا وفي حق غيرهما
كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلي هو بمنزلة المولي من جهة المولي
حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية
قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا الولاية هكذا ذكر صاحب
الهداية ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما
دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما قال رحمه الله
وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته بحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم
وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان
يقضي لابي امراته وامها وكذا الامراة لابنه او لزوج ابنته اذا كان
المقضي له بالحياة لان شهادته جايزة فهذا هو الحرف وان كان ميتا
لم يجز لان القضاء لهم قضا لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون
لعدم التهمة ويجوز القضا للاخوة واولادها والاعمام لان شهادته
لهم جايزة والله اعلم **مسايل شتي قال رحمه الله** لا يتد
ذو سفل ولا ينقب كوة فيه بلا رضي ذي العلو معناه اذا كان لرجل
سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بنيانا او
يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما يحكي عنهما تفسير لقول ابي

حنيفة رحمه الله وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في
ملكه وهو مطلق والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل بقي على
اصل الاباحة وعنده هو الحظر لانه تصرف في محل هو تعلق الغير من
الرهن والعين والمستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر
بيقين فما اشكل بقي على اصل الحظر وهذه الاشيا من المشكل فظهرت فيها
ثمرة الخلاف فلا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع
صاحبه لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني
السفل ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البنا عليه ويمنعه من السكنى
فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير
الرهن اذا قضي الدين بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع
اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه وهو في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك
حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة
كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه
احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكنه قسمة بعضه ولو انهدم
كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل بنفسه يجبر
على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون
او مولي العبد الجاني يتصرف فيه بعتق ونحوه وذكر الحلواني ان كل
من احب ان يبني مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع
لانه متطوع كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه اصلا

ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باصطلاح فصار مضطرا
وذكر في النهاية معزيا الي المحيط قاضيخان ولو تصرف صاحب
السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة رحمه الله له
ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر
قال رحمه الله زايغة مستطيلة تتشعب عنها مثلها غير نافذة
لا يفتح فيها اهل الاولي بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة
يتشعب منها سكة اخري طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة
الاولي ان يفتحوا بابا الي السكة الاخري لان الباب يقصد للمرور
ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها علي
الخصوص الا تري انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل
الاولي فلو مكنوا من فتح الباب ليخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع
في كل ساعة ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح
ويجعل دارا من تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم فيمنع بخلاف ما
اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا
يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان ينقض كله فاولي
ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه
ركب عليه بابا ويدعي حق المرور علي طول الزمان فيستدل بالباب
علي ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف
ما اذا كانت الزايغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من

[illegible]

اهل

ان الخطاب لا يقبل قياسا وقبل للضرورة ولا ضرورة الي الرسالة
لان في الخطاب غنية عنه فبقي علي اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب
اليه ان يكتب كتابا الي اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا
للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الي اخر الي ما لا يتناهي لان الشهادة
الواقعة عند الاول صارت منقولة الي المكتوب اليه حكما فصار
كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له ان ينقلها الي غيره اذ الحاجة الي
نقلها ماسة وهي المجوزة للنقل قال رحمه الله لا بموت الخصم اي
لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينعقد عليه
وعلي هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان وارثه يقوم مقامه فينفذ
له وكما يجوز كتاب القاضي الي القاضي يجوز كتاب القاضي الي الامير
ان كان في مصره اقتصر علي قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر
من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم
كما في كتاب القاضي الي القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا به ولكن
استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الي الوالي ويستعين به
فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل واحد
يجلس للامير والامير لا يمكنه من الفحص عن احوال الشهود فقبل القضاء
للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصر
غير المصر الذي فيه قال رحمه الله وتقضي المراة في غير حد وقود لان
القضا يستقي من الشهادة علي ما بينا وشهادتها جايزة في غير الحدود

[illegible]

فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها
لما فيها من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة
لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة
فكذا القضاء كالرجل قال رحمه الله ولا يستخلف قاض الا ان يفوض
اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضاء الا التقليد
فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي
الجمعة جوزنا للمامور بادائها ان يستخلف لكونها على شرف الفوات
ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد
الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان
يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني
بانيا فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في
الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز
الا بالخطبة ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال ولِّ من شئت
له ان يولي من شاء فيصير نائبا عن الامام في التولية حتى لا يملك
عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل
ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث لا يملك
الايصاء الى غيره ويملك العزل والتوكيل في حياته ولو فوض اليه العزل
بان قال له استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض
اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضا

بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس يتفاوتون في
الامانة والتصرف قال رحمه الله واذا رفع اليه حكم قاض امضاه
ان لم يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع لانه لا مزية لاحد
الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض
لما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا
الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجيء قاض يرى خلاف
ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر
اشتغاله قلد القضاء ابا الدرداء رضي الله عنهما واختصم اليه رجلان
فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضي علي
فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك
عن القضاء قال ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله
عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له
في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك
امضاه قيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره
في الكتاب التقييد به يوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه
وقالوا شرط ان يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل
مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه
الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الائمة هنا

هو الظاهر فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه
نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية
ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد
نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما
لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيد بالسنة المشهورة
احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند
الى دليل شرعي من الكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما
ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي
فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا وقع
للحاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فابطل
اليمين نفذ ولا يقع الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضا
فاذا قضى ثم وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاح
احدهما وذلك مثل القضاء على الغائب ولو قضى على الغائب او
قضى المحدود او الفاسق في الاصح لا ينفذ الا اذا دفع الى حاكم آخر
فقضى بصحة حكمه ثم يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا
فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي لعله للدليل
وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض
آخر ولو رفع الى الف حاكم ونقضه لان قضاه وقع باطلا لمخالفة
الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك

مثل

اصل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها
اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة
وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا
كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين
فيها حق المرور **قال رحمه الله** ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في
ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز
له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه
من النداوة يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حائطا
وعن ابي يوسف ان الجيران اذا تضرروا من دخانه فلهم منعه الا ان
يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ كان حظيرة غنم والجيران
يتاذون من نتن السرقين ليس في الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا
فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا
فله منعه وهو قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بناء تنور في داره
للخبز كما يكون في الدكاكين او الرحا للطحن او مدقات القصارين
لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا فلم يمكن التحرز عنه
والقياس ان يجوز لانه تصرف وترك ذلك استحسان لاجل المصلحة
ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعه
في البنا قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر
في زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان الحائط يحتمل

القسمة ويبني كل واحد في نصيبه لاجل السترة لايجبر والاجبر
ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ
سترة وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه **قال رحمه الله** ادعى دارا
في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها
فاشتريتها فبرهن على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة
وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لايمكن التوفيق
بينهما الوجه الثاني يمكن ان الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه
الهبة فلا يكون تناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسئلتان
بحالهما لا تقبل في الاولى وتقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان
وعدمه **قال رحمه الله** من قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر
فللبايع ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا
كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد
من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة
فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا اساعده البايع بترك
الخصومة تم الفسخ فحل له وطيها وله ان يردها على بايعها بالعيب
ان وجدها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا
قام المشتري بينة بعد ذلك انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي
النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان
يردها على بايعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان

ان ينكر عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان
هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا
لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع
لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت
بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بالعزم وانما نثبته
بالعزم واليمين او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل
من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام او بامساكها بيده لان
التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل قد يوجد
دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال في النهاية
ولو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا
لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما يرديه بيت المال
والبنهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل
الزيوف من المغشوشة والبنهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان
والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر
او النحاس هو الغالب **قال رحمه الله** ومن قال لاخر لك علي الف فرده
ثم صدقه فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فرده المقر له ثم
بان قال ما كان لي عليك شيء او قال بل هو لفلان ثم صدقه فقال
بل كان لي عليك في مكانه او بعده فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوة فلا بد من الحجة او تصديق

الخصم بخلاف ما اذا قال المشتري وانكر حيث كان له ان يصدقه
لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد
حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد
الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر بسبب عبد لغيره فكذبه
المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى اذا ادعاه المقر
لا يصح لان الاقرار بالسبب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد
ولو قبل الاقرار والابراء عن الدين او وهبته له ثم رده لا يرتد
بذلك لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك
فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد ولو
اقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا
يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
اذا ادعى انه ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة فصار نظير ما
لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له دينا واراد تحليفه لا
يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد
تحليف المقر له يحلف قال رحمه الله ومن ادعى على آخر مالا فقال ما
كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضاء
والابراء قبل اي ادعى رجل على رجل الف درهم واقام المدعى عليه البينة
انه قضاه او ابراه المدعي تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل
لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب قال رحمه الله ولو زاد ولا

اعرفك

اعرفك او زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال ما لك علي شيء قط ولا
اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء والابراء لتعذر التوفيق بين
قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع واخذ وعطاء من غير معرفة
احدهما صاحبه وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب من
الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه
بالدفع اليه ولا يعرفه فيمكن التوفيق بهذا الطريق قال رحمه الله
ومن ادعى على اخر انه باع امة فقال لم ابعها منك قط فبرهن على
الشراء فوجد بها عيبا وردها عليه فاقام البائع البينة انه ابراه من
كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعند ابي يوسف انها تقبل لان
ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون
صادقا بذلك قال رحمه الله ويبطل الصك بان شاء الله اي يبطل
صك الشراء والاقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء
والاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء يبطل على ما عرف ولو
كتب في اخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله تعالى او كتب
فما ادرك فلان من درك فعلي فلان خاصة يبطل الصك كله عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه
وهي الاجير والصك يكتب للاستيثاق الا ترى انه لو كتب كتابا الى
بعض اخوانه او وكلائه وقال في اخره يفعل كذا او كذا ان شاء الله تعالى
ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا ان

الكل لشي واحد بحكم العطف فينصرف الي الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الي بيت الله
الحرام ان شا الله وماذكراه من العادة انما جري بان يترك فرجة
او يكتب بخطه علي حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف الي مايليه ولا
يبطل الشرا ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان
الاستثنا انما يكتب في كتب الرسالة ولهذا لا يبطل فيه مايليه نصا
وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة
جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما
فيه اي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفايدة هذه الكلمة
ان يثبت به رضي الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز
الا برضي الخصم عند ابي حنيفة قال رحمه الله فان مات ذمي فقالت
زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
لهم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث والقول في الحوادث
ان تضاف الي اقرب اوقاتها واقرب اوقاتها ما بعد الموت فتضاف
اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضي تحكيما
للحال كما في جريان ما الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره للدفع وما
ذكره وهو يعتبره للاستحقاق وهو الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح
للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجات مسلمة قبل موته وقالت
الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم للحال لان الظاهر

لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة فمرادهم
الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح
للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسيلتين ويصلح للدفع
وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسيلتين ولا يرد علي
هذا مسايل ذكرت علي سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد
فقال رجل فقيت عينه وهو في ملك البايع وقال المشتري فقاته
وهو في ملكي كان القول للمشتري فياخذ ارشه منه فاستحق بالظا
لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه
هو لا بمجرد الظهور ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها
وصار فارا فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان
القول قولها وترث لان الظاهر يضاف الي اقرب اوقاته لانا نقول
انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه في
الصحة قال رحمه الله وان قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له
غيره دفع المال اليه يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة
فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع
المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة علي الميت
كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع اليه
لان فيه ابطال حق المودع في العين بازا المتلف بيده لان يده

كذا المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد الموت قال
علاء الدين ليس له ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما
اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق
المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا لو جاء
اذا جا المودع وانكر الوكيل ولو لم يسلم الي الوكيل حتي ضاعت
عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في
زعمه وكيل كالمنع منه ولو ادعي انه وصي الميت فصدقه مودع
الميت او غاصبه او مديونه لا يومر بالدفع اليه قال رحمه الله
وان قال لاخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول يعني
قال مودع الميت لرجل اخر بعد ما اقر للاول هذا ايضا ابنه
وكذبه الاخر ابن الاول قضي بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح
وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا علي الغير لا يصح كما لو كان
الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره للاول حيث قبل لعدم من يكذبه
فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في
مودع القاضي المعزول اذا ابدا باقرار ما في يده لانسان ثم اقر
بان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي علي ما مر من
قبل قلنا هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع للمقر له الاول بغير
قضا القاضي ذكره في النهاية قال رحمه الله ميراث قسم بين
الورثة لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض

القضاه

القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ياخذ
الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم
يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يوخذ منهم كفيل باتفاق ه
وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه
الي اقامة البينة علي عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه الخلاف
وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شا الله تعالي
لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم
غايب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة كما
اذا دفع الي اللقطة او الابق الي صاحبه او اعطي امراة الغايب النفقة
من ماله وحقا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا
او ظاهرا فلا يوخر لاجل الموهوم الي ان يعطي الكفيل كما اذا اثبت ه
الشرا من هو في يده او ثبت الدين علي العبد حتي بيع في دينه لان القاضي
القاضي مامور بما ظهر عنده لا بتطلب ما لم يظهر فلا يجوز تاخيره
ارايت انه لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه لان المكفول له مجهول فصار
كما اذا كفل لاحد الغرما بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو
معلوم والابق واللقطة علي الخلاف في الاصح ان كان الدفع اليه
باقامة البينة لانه لما اثبت بينته حرم تاخير حقه ولا كذلك
الدفع لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب ولهذا جاز منعه
فكذا تاخيره لعدما لا تحقق بخلاف الاثبات بالبينة لان

مستحق فيه ولا يقال ان القاضي متلوم في هذه الصورة ولا يدفع
اليه حتى يغلب على ظننا انه لا وارث له غيرهم ولا نرميه بالاتفاق ولو كان
التاخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق
الى مضي امر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم غير ثابت وان قال الشهود
لا نعلم له وارثا اخر وقوله وهو ظلم اي ميل عن سوا السبيل وفيه دليل
على ان المجتهد يخطي ويصيب وان ابا حنيفة بري عن الاعتزال لا كما
ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف خالد السمتي كل مجتهد
يصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد
اذ المامور به وهو حجة في حق عمله يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه
وان اخطا الحق هو الذي هو عند الله فكانه الذي اصاب صاحب
الحق قال رحمه الله ولو ادعى دارا ارثا له ولاخ له غايب وبرهن عليه
اخذ نصف المدعي فقط يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر
وترك نصيب الغايب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا
اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خاين
فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا
للغايب وليس في تركه في يده نظر ولابي حنيفة ان الحاضر ليس بخصم
عن الغايب في استيفا نصيبه وليس للقاضي ان يتعرض لودايع الناس
ولا لمنزلها حتى ياخذها من ايدي من هي عنده فصار نظير ما لو عرف

القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره فانه لا يتعرض له ولا ياخذه
ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القبض وقع للميت مقصودا
ولهذا اعطي ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضي بها
دونه وينفذ بها وصاياه وصاحب اليد مختار الميت ويحتمل ان
لا ينقض بيده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
فالظاهر انه لا يصر به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة
معلومة له وللقاضي ويجعله في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان
يموت القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي الذين هم
عاينوا القضا او الذين شهدوا باصل الحق ونسيانهم من ابعد ما يكون
فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف
الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه لانه يحتاج
الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون
حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قايم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة
فيه اظهر يعني انه مضمون ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة
فكان الترك ابعد من التوي وانما لا يوخذ الكفيل منه لان فيها انشا
خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشايها واذا حضر الغايب

لايحتاج الي اقامة البينة ثانيا ولا الى القضاء لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث
عنهم وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم
مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح لهم نائبا ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامه
فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نايب فيه عن الميت فيما له
وعليه فيكون لهم نائبا ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما
يكون قضاؤه علي جميع الورثة اذا كان المدعي في يد الوارث الحاضر
ولو كان البعض في يده نفذ بقدره وينفذ بقدره لان دعوي العين
لا تتوجه الا علي ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده فلا يكون
بخلاف ما اذا كان المدعي علي الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة
خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله ومن قال مالي او ما املك
صدقة في المساكين فهو علي مال الزكاة ولو اوصي بثلث ماله فهو
علي كل شيء والقياس ان يكون على وجه الوصية فيلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله
تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى في باب الصدقات فايجاب الله منصرف
الي البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله خذ من اموالهم
صدقة تطهرهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها

اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فلذا هي ولان العادة
ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال
حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة
وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت نصابا او لم تبلغ
قدر النصاب وسوا كان عليه دين او لا لان المعتبر جنس ما تجب فيه
لا قدرها ولا شرايطها ويدخل فيها الاراضي العشرية عند ابي
يوسف رحمه الله تعالى لانه سبب الصدقة الا تري ان مصرفه
مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله
تعالى لا لانها سبب المونة ولهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي ارض
لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المونة راجحة عنده وذكر في
النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل
الارض الخراجية لانها تخص مونة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار
واساس المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من
اموال الناس لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك في المساكين
صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما
القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك
اعم من المال الا تري ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح
وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا
كان لفظ الملك اعم فيتناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بان

قال كل ما املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما
يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في احدهما واردا في الاخر
فيكون قبله لقياس والاستحسان ولان الانسان عادة يلتزم التصدق
بالفاضل عن الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما تجب فيه الزكاة ثم اذا
لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا
اصاب شيئا بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة وهمته
ولم يملك قدر حاجته لتكفي الناس من ساعته ولم يتبين في المبسوط قدر
ما يملك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد
له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة
ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع
يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور
وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة ما يكفيه الى ان
يتجدد له حاصله قال رحمه الله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو
وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية
جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما
انابة لان احدهما في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية
خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا تتوقف على العلم
كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو

مات

مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة
فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل
فلا يصح بدون علم من تثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك
بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة
الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير
بمنزلة الوكالة حتى لا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له
فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون
العلم قال رحمه الله ومن اعلمه بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا
وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء كان
بذلك عدلا او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه
الزام وانما فيه الاطلاق فلا تشترط فيه العدالة كسائر المعاملات
ولهذا لا تشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات
فلا يشترط فيه الا التمييز قال رحمه الله ولا يثبت عزله الا بعدل او
مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد او اثنين
غير عدل الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
لا يشترط في المخبر هذه الاشيا الا التمييز لانها من المعاملات فصار
كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابي حنيفة ان في هذه الاشيا الزاما له
من وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد واما العدالة

بيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا
يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط حق
الشفعة على تقدير سقوطه وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا
البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها
وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الاذن
وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه
يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما
لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان
فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه
في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح
انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان
المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام
ليبلغ الشاهد منكم الغائب الحديث وفي الرسول لا تشترط العدالة
كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا
عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه هو على وكالته حتى يبلغه
بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي ثم
بالشرع بعد عمده الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه
قبله فكذا نهي العبد قبله هذا في القول القصدي واما اذا كان
حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه

مطلقا

مطلقا **قال رحمه الله** ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء
واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن
للمشتري لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم
مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان
لتقاعدوا على قبول هذه الامانة وكيلا يلزمهم الضمان وتتعطل
مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد
قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا
قال رحمه الله ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فتكون
عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على
الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا
محجورا لان العقد واقع له **قال رحمه الله** وان امر القاضي الوصي ببيعه
لهم فاستحق ومات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا
وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا
نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام القاضي
فصار كمن وصى اليه الميت **قال رحمه الله** وهو على الغرماء اي يرجع الوصي
على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع
به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه
بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن للوصي والمشتري في المسئلة

وهو ما اذا كان البايع هو او امينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه
وقيل لا يرجع فيه لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه
والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه
اذا لم يكن في التركة دين لان العاقد عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي وامينه هو لما
رجع على المشتري لما ذكرنا انتهى قال رحمه الله ولو قال قاض عدل
عالم قضيت على هذا بالرجم او بالضرب فافعله وسعك فعله قيده
هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو لطا
وانما يسعه فعله لان الطاعة لولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا
الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر
عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله في الخلو عن التهمة ولانه لا
يولى في موضع الا قاض واحد في الامصار كلها ولو لم يقبل قوله لولي
في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا
فقال لا يؤخذ بقوله الا ان يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل
وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله تعالى لفساد قضاة اهل زماننا
والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد غير الانبيا عليهم الصلوة
والسلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط لا في نصاب القاضي
لضرورة احيا الحقوق ولان الجناية في مثله قل ما تقع وقال ابو منصور
الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الجناية

واحتمال

واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن الميل بالرشوة وبفقهه يؤمن
الغلط ظاهرا وان كان عدلا يستفسر لان الجاهل يظن غير الدليل
دليلا فان احسن بان ذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا باقرار
او بينة فياتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته
تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة
او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك
الا ان يعاين الحجة والمص رحمه الله اختار هذا القول لاحتمال الخطا
والخيانة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا واذا لم يصح
فلا يمين على القاضي لان اليمين يجب على الخصم والقاضي ليس بخصم
وانما هو امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال رحمه الله وان
قال قاض عدل لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد قضيت
به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال
قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه
ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في
حالة قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي
على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا
يمين في ذلك قال رحمه الله لانه ثبت ذلك في حال قضائه بتصادقهما
ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي
لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره

به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه
لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان
القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا
منه وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى اذا زعم المدعي ان القاضي
فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث
فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا
بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا
اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه
الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف
الاولى لانه يثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو
اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله تعالى
ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد
وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو
قال المولى لعبده قد اعتقته اخذت منه كل شهر غلة خمسة دراهم
وانت عبد فقال المعتق بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل
بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل
كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول
قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشاء فيه فيصير مدعيا وكذا

في

في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وهو
يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به
القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في الابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه
يثبت فعله في قضائه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد
ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا يضمن ايضا كالقاضي
قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب الضمان
وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لان اقرار كل مقر حجة
قطعية على نفسه وما ذكرتم من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا
قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي
كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس
عن تقلد القضاء حذرا الزمان بعد العزل فترك كذلك ولو كان المال
في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال
صدق القاضي في انه فعل في قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له
فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو
نظير مسألة الغلة على ما بينا ومن نظير هذه المسائل ما لو قال الوصي
بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك
كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان اورده في
النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت

بدك وانت امتي وقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها
واذا وكذا في كل شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه
منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية لها فاحتاج الى الفرق
بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه
فيصدق وفي اقراره لا يصدق في دعواه التمليك له وكذا لو قال لآخر
اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس
بمخلص والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان
هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الاخبار والمشاهدة
التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة لاطلاق اسم السبب على
المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر
القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن
اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة وشرطها
العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي
والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب
الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يأبى ان تكون الشهادة
حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص
والاجماع قال رحمه الله ويلزم بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة
ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن

يكتمها

يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان غنيا عن الاباء وعن الكتمان
لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء
لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة
الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة
التي وقع بها الفعل وهو القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من
اسناده الى كله وقوله ابصرته بعيني اكد من قولهم ابصرته واسناده
الى اشرف الجوارح يدل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى
ثم انما ياثم اذا علم ان القاضي تقبل شهادته وتعين عليه الاداء
او ان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره
ممن تقبل شهادته فقبلت قالوا لا ياثم وان ادى غيره وان لم
تقبل شهادته ياثم من لم يؤد واذا كان ممن تقبل شهادته لان
امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد
قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو
لاداء الشهادة ويرجع في يومه ذلك قالوا لا ياثم لانه لا يلحقه الضرر
بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا
كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شيء للركوب فاركبه
المدعي من عنده قالوا لا باس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام
للشهود لقوله عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود وان كان يقدر
واركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله وسترها في

الحدود واجب لقوله عليه الصلوة والسلام للذي شهد عنده لو
سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على
انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه
الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة
وفيما نقل من تلقين المقر لندر وعن النبي صلى الله عليه وسلم دلالة
ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا
لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا
قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لان
ظاهر الاية والله اعلم تقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة
لاجل انهم اسلموا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان
مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد ولهذا امر الله
تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
فهذا حسن والاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى
ومن يكتمها فانه آثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل قوله
تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي دعاهم المدعي اذا دعاهم
المدعي الى الحدود وليس لها مدع بعينها ولان الحدود حق الله تعالى
والله تعالى غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج فيرجح
فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال رحمه الله ويقول اخذ لا سرق
لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد افضل

على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه به
يحيي حق المدعي ولا يجب عليه الحد ولان الحد متى وجب عليه سقط
الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق
فيتوفاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق
والله تعالى غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله وشرط
للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولقوله عليه الصلوة والسلام ايت باربعة
يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون
المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى
يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على
المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق
معنى الستر وتوقف الاربع على هذه الفاحشة قل يتحقق واوجب على
من ينسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان
زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في
هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه ما يمنع
العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل
على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى
جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند انتفاء العدد

المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا على ان
الشهود على الزنا اذا انتقصوا عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم
قذفوه الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على
المغيرة بالزنا ولهذا شرع الرجم لان الزنا اعظم الجرائم ولو كان
الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على النسوة الزنا
ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود
النص في الفرع وشرط القياس المساواة في الاصل والفرع وان لا
يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله وكيفية القصاص
والحدود رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء
في الحدود والقصاص وقال تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل اثنتين منها قائمة مقام
رجل فيما تقبل فيما يدرا بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي
الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل
الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امراتين
مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم
يكونا رجلين فرجل وامراتان قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين
فليشهد رجل وامراتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع
وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال

ايضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حيث
يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله وللولادة والبكارة
وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل وامراة يعني يشترط لثبوت
هذه الاشياء شهادة امراة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
واللام اذا لم يكن ثمة معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وعن
حذيفة رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة
القابلة على الولادة وقال الشافعي رضي الله عنه يشترط فيه ان
يشهد فيه اربعة من النساء لان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد
في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه ثنتان من النساء
لان المعتبر في باب الشهادة شيئان العدد والذكورة وتعذر
اعتبار واحد منهما فبقي العدد على حاله والحجة عليهما ما رويناه ولان
انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف
فلذا سقط اعتبار العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط اثنتان
او اكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة
من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن
في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها
من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل
في حق الارث عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مما يطلع عليه الرجال

وتقبل في حق الصلوة عليه لانه من امور الدين كشهادتها في هلال
رمضان وروايتها الاخبار وهذا عندهما تقبل لان استهلاله علامة
حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضره الرجال عادة فصار كشهادتها
على نفس الولادة شهادة رجل واحد ايضاً لانه لما قبل فيه شهادة المرأة
كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر
قال بعضهم يقبل كما في الزنا قال رحمه الله ولغيرها رجلان او
رجل وامرأتان اي يشترط لغير الحدود والقصاص وما يطلع
عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير
مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصايا ونحو ذلك
مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء
مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل
عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور
الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن
وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال
وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال
ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع
الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل
فيها القبول لوجود ما يبنى عليه اهلية الشهادة وهو الولاية وهي
تبنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة

والغلط

ينتفي بانتفاء المعاينة والضبط والاداء لان الاول يحصل العلم
للشاهد وبالثاني يحصل البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم
للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل
شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهة كالمال فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل
وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به واي شبهة اقوى من
الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال
رحمه الله وللكل لفظ الشهادة والعدالة اي يشترط لجميع مراتب
الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظ الشهادة والعدالة
لكي تقبل حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان
النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها
من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين
ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ اشد اذ لا يوجد
هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا
يراعى فيها اللفظ الذي ورد به الامر بل يتاتى بكل امر يعطي ذلك
المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير
وغيره مما هو في معناه وكذا هو الايمان تجوز باي لفظ كان لحصول
المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على
خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون

لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه
من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لا من باب
الشهادة ولهذا اشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم
وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو
المرضي ولان من يباشر غير الكذب من المعاصي وهذا لان الخبر يحتمل
الصدق والكذب وبالعدالة تترجح جهة الصدق وهو الانزجار
عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصادق ولا يلزم مجرده وفاقه وهي
شرط لزوم العمل بالشهادة لان شرط اهلية الشهادة اذ الفاسق
اهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلاً للشهادة الا ان فسقه
اوجب التوقف في خبره لتهمته قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا ان
جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا امر بالتبيين والتثبت لا باحته حتى
غلب على ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الفاسق اذا كان ذا مروءة ووجيهاً في الناس تقبل شهادته
لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر واحد على
استيجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له
في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراماً له وقال
عليه الصلوة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحيي الحق بهم وفي حق
الفاسق امرنا بخلافه قال عليه الصلوة والسلام اذا لقيت الفاسق

فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلناً بالفسق فلا مروءة له شرعاً فلا
يلزم قبول شهادته على وجه لا بد له منه قال رحمه الله ويسئل عن
الشهود سراً وعلناً في سائر الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال عن
الشهود حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سراً وجهراً الا في الحدود
والقصاص فانه يسال عنهم في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم فيه
لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً
في قذف ومثل ذلك عن عمر وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا
لتكونوا شهداء على الناس يشهد له وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم
ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح
فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع
يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع ولهذا لا يمكن الوصول
الى القطع بحقايقها ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكاً بظاهر حاله
لان اقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه
واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا
حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطاعنه كاذباً
ظاهراً فيتقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود
والقصاص لانهما يدرآن بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما
ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان يسقطا ولهما ان القضاء يبنى على الحجة

ولا تمنع الحجة الاستشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال
ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التحرز عنها
صيانة لقضائه عن البطلان واسنادا للحكم الى البرهان وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث
وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح لقوله
عليه الصلوة والسلام خير الناس قرني الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم
ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد
قبل ان يستشهد والآية التي تلونا والحديث الذي رويناه يدلان على
ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغيرت احوال الناس وظهرت
الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم
على قولهما لان الفساد في هذا العصر اكثر والتعديل لمجالس يبعث
المستورة وهي الرقعة وانما سميت الرقعة التي فيها اسماء الشهود مستورة
لانها تخفى عن نظر العوام وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبته و
حليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل
من جيرانه وأصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة تكتب تحت
اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق سكت
ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف
ان يحكم القاضي بشهادته فيصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه
انه مستور ويرد المعدل المستورة كيلا يظهر فيؤذي ولا بد في التعديل

في

في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل
غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشركة كانت لاهل
الخير ولم يقدر عليهم اهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال
محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل
جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا
والاصح انه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا
كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية
الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وذكر في الجامع ان الناس
احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر
الحرية في هذه بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا
الحسن ذكر في مختصره ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة
والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه
المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد او قال المدعى عليه او قال
القاذف المقذوف عبد او قال الشاج المشجوج عبد او قالت العاقلة
القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما
دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي
نظير العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر
العدالة لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيه فاذا طعن الخصم سأل

علي ما بيناه قال رحمه الله وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة
رحمه الله يعني تعديل المدعي عليه الشهود لا يصح ومراده علي قول من
يري السؤال عن الشهود واما علي قوله فلا ينبني ذلك لانه لا يري السؤال
عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع ذلك فرع عليها علي
قول من يري وانما لا يصح تعديلهم لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعي
عليه ظالم كاذب في الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا يصح وعن ابي
يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله
بان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز
تعديل الكاذب الواحد وابو يوسف يجوزه علي ما يجي من قريب والمراد به
فيما اذا كان قال هم عدول لكنهم اخطاوا او نسيوا اما اذا قال
صدقوا او هم عدول صدقه فقد لزمه الحق لاقراره ولو قال هم
عدول ولم يزد علي ذلك لا يلزمه شي لانهم مع كونهم عدول لا يتوهم
منهم النسيان والخطا فلا يلزم من كونهم عدول ان يكون كلامهم
صوابا قال رحمه الله والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة
لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة حتي
يجوز تزكية العبد والمراة والاعمي والمحدود في القذف اذا تاب
لان خبرهم مقبول في الامور الدينية الا تري ان رواياتهم في
الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية
ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتي يشترط

في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة
حتي يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره
من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحدود والحقوق ق
ويجوز رجلان او رجل وامراتان وفيما لا يطلع عليه الرجال
امراة واحدة رتبها علي مراتب الشهادة لان التزكية في معنى
الشهادة لان ولاية القضا تنبني علي ظهور العدالة وهو
بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس
في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه
لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته
له كتزكية احد الزوجين للاخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس
واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت علي خلاف القياس
لان رجحان الصدق في العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد بخلافه
كما في رواية الاخبار حتي قالوا فيها لا يرجح بكثرة الرواية ما لم
تبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك
ذلك بالنص فبقي ما وراها علي الاصل وفي المحيط جاز تزكية الاعمي
وقالوا اشتراط الذكورة وعدد الشهود في تزكية شهود الحد بالاجماع
والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الي المزكي والمترجم عن الشهود
وكل ذلك علي الخلاف الذي ذكرنا والمعني الذي بينا من الجانبين
والاحوط في الكل اثنان وينبغي للقاضي ان يتخير في المسالة عن

الشهود من هو اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع
عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا
يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سال اهل
محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرنا
كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في
الشهادة من الحرية وغيرها ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى
الشهادة فيها اظهر فانما تختص بمجلس القضا **قال رحمه الله** وله
ان يشهد بما سمع او راي في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب
والقتل وان لم يشهد عليه ويجوز له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه
اذا عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه
اذا دعي اليه لما تلونا وروينا وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو
الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلوة
والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه
باع واقر لانه عاين السبب فيجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا
كان البيع بالعقد فظاهر واما اذا كان بالتعاطي فكذلك لان
حقيقة البيع هو مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون
على البيع بل يشهدون على الاخذ والعطا لانه بيع حكمي وليس ببيع
حقيقي ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من ورا الحجاب لا يسعه ان
يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في

الداخل

الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم انه ليس فيه غيره ثم جلس على
المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقراره من الداخل ولا يراه لانه يحصل
به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عندنا لتفسيره لا يقبل وقالوا
اذا سمع صوت امراة من ورا الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان راي
شخصها وقت الاقرار **قال رحمه الله** ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد
عليه لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا يصير حكما الا بالنقل الى
مجلس القضا ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يحمل كلا
حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره
فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم
يوكله لان الموكل لم يرض برايه **قال رحمه الله** ولا يعمل شاهد وقاض
وراو بالخط ان لم يتذكروا اي لا يعمل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى
يتذكر ولا للقاضي اذا كان في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ
انهم شهدوا بذلك الا في قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان
يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو
معروف انه قرا على فلان ونحوه ان يروي حتى يذكر الشهادة او القضية
او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العالم بدون تذكر

الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور وهذا
لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه واذا لم يفد التذكر كان
وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يكون لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب
ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو
يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لا للشاهد وكذا للقاضي
ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضا بذلك وليس للشاهد ان يشهد
برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ
كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتب واتخذه في فكره لتعطل
احوال الناس ولان سجله في قمطرة وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من
التبديل والتزوير وكتابة الرواية تكون في ايديهم فيؤمن من التزوير
ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن
من التبديل ولو نسي القاضي قضاه ولم يكن له سجل شهد عنده شاهدان عدلان
بانه قضى بذلك فعلى الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك
وعلى هذا لو اخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد ولو على
هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه
فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد
ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة لا يسعه ان يشهد قال رحمه الله
ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
واصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق والقياس ان لا يجوز

لان

لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا
بالمشاهدة او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل
اولى لان حكم المال احق من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي ان يحكم
بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا
يقبله وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها
خواص الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض
الاعصار فلو لم يقبل فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنئة
ونسبة كل واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية
وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول
يتعلق باحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان
والقضا بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه
فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة
بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا تختص بمشاهدة اسبابها
الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس
قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة الا ترى انا نشهد
ان عليا تزوج بفاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب
تزوج بنت علي ولو تعلقت بحقيقة علم النسب ادى الى عدم الشهادة
بها اصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضا

التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوج
فاكتفي بالدليل الظاهر في الكل ثم انما يجوز له ان يشهد بهذه
بالتواتر باخبار من يثق به واذا راي امراة يدخل عليها رجل وينبسطان
انبساط الازواج ويسمع من الناس انها زوجته جاز له ان يشهد به
وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا راي شخصا جالسا يفصل الخصومات
جاز له ان يشهد بانه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او
رجل وامراتان وهم عدول ليحصل لهم نوع علم او غلبة ظن وقيل في الموت
يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه
الا واحد بخلاف غيره لانه لا يشترط فيها العدد فكذا لفظ الشهادة
في غير الموت والموت لا يشترط ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد
ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلان ثم يشهدان بذلك عند
الحاكم وهو من عجيب المسائل ولو شهدا انه حضر دفنه فهو معاينة وقوله
واصل الوقف يحترز به من شرائطه لان اصله هو يشتهر دون شرائطه
فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة
بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد او الفقير وما اشبهه حتى لو لم
يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه
الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولاء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
بمنزلة النسب لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان
ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فان

لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان
العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني
عليه وذكر شمس الائمة ثابت فيه ايضا ثم ينبغي ان لا يفسر انه يشهد
بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شيء في يد انسان تطلق له الشهادة
واذا فسره لا تقبل قال رحمه الله ومن في يده شيء سوى الرقيق لك ان
تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على الملك اذ
لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما
في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره وذلك راجع الى اليد
لان المالك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك من
المشتري فثبت بهذا ان لا دليل على الملك سوى اليد فلان معتمد الشاهد
اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنع الشهادة
باليد يؤدي الى سد باب الشهادة اذ لا دليل للشاهد سوى اليد
وبابها مفتوح وهي مشروعة فيما يؤدي الى انسدادها فهو المنتفي
وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له
نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما تلونا قوله
ولهذا لو راي درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في
ابائه من هو اهل لذلك ليس له ان يشهد له قالوا يحتمل ان يكون هذا
تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله بقوله ويسعك ان تشهد انه له وقال
الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد

متنوعة الى ملك واعارة واجارة ووديعة ورهن فلا يمتاز الا
بالتصرف قلنا التصرف متنوع الى وكالة واصالة وشرط النسفي
التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة
والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه
غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه
يشتريه لاحتمال ان المال لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد اذ الاصل
ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره رجحنا بالاصل
ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسألة على اربعة اقسام
احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه
ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد في يد
غيره بعد جاز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده
والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده
ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء
الذي ينسب اليه الملك وادعى ان المحدود ملكه على شخص حل له ان
يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس
لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس
هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع
وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا

والثالث

والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك لكن سمع الناس انهم قالوا لفلان
ابن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالحدود وهو شرط للشهادة على
ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد له في الرقيق
اذا راه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان
القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق
الشهادة لان الحر ايضا يستخدمه طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على
الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا
وفي الهداية جعل ذلك عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك ثم
الا ترى ان من ادعى رقيقا في يد غيره يدعي لنفسه كان القول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان يعبر
عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه وان كان معروفا
بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر
الاموال قال رحمه الله وان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او
بمعاينة اليد لا تقبل اي ان فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في
موضع يجوز بالتسامع او قرانه يشهد له بالملك في موضع يجوز له
الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في اليد تجوز الشهادة
بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن

عيان ومشاهدة او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل ما اذا كان
عن تسامع او رؤية في يده علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه
لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا يجوز برؤية نفسه فاولى
ان لا يجوز بسماع غيره او برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما يجب
به الشهادة وبما لا تجب فكذا ينبغي ان لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز
القضاء فيما لا يجوز القضاء به الا اذا استحسنا في المواضع الذي تقدم
ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على اصل القياس قال رحمه الله
وان حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبل لانه لا يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخولها تحت قوله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون وقوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله تعالى اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل قال رحمه الله

ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو
رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في
سمعه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا
وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص
بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على غائب او على الميت وفيما يثبت ولا خلل في حفظه ولم يفت في
حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في
الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير

ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا
بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة
وربما شاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود
والقصاص بخلاف وطء امراته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن
التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة
وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المراة وكذا
اذا عمي قبل الحكم بها او بعد الاداء لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء
لتصير حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق او ارتد في تلك والعياذ
بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت
وبالغيبة باقية على حالها قال رحمه الله والمملوك والصبي
لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس معنى
الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على
انفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله الا
ان تحملا في الرق والصغر وادّيا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل
التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما
لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما اهل للشهادة والله اعلم قال
رحمه الله والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي تقبل

شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثنا اذا
تعقب جملة بعضها معطوف على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل
امراته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى
جميع ما تقدم ولان هذا افترا على عبد من عباد الله تعالى والافترا
على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم
تقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه لم ترد
رد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مطهر ايضا فلا يصلح من رد
فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا ووجهه ان يكون رد الما اقتضاه
النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرايم لا يجوز لان
القياس المخالف للنص لا يصلح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة
المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد اذ العطف للاشترا
وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان
الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان
ما قبلها حدود ولهذا امر الايمة به وقوله تعالى واولئك هم الفاسقون
ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قايم بالذات فلا يصلح حدا لان
الحد يقع بفعل الايمة لا بوصف قايم بالذات فلا ينصرف الاستثنا الى
الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله
تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا
عن الاول فينصرف الاستثنا الى ما يليه ضرورة لقوله تعالى والراسخون

في

في العلم الا ترى انه لا يصلح جزاء الجريمة والجلد ورد الشهادة يصلحا
جزاء لان كل واحد منهما مولم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد
الشهادة قطعا للالة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة
في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم يجعل
الواو للعطف لا ينصرف الاستثنا الى الجميع بخلاف ما ذكر في المثال
لان الواو فيه للعطف الا ترى انها كلها جمل انشايية فتتوقف كلها
على اخرها حتى اذا اوجد المغير في الاخر تغير الكل والقياس على الكفر
وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به
وهنا نص على التابيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جايز ان يكون
رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف
ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا لا الرد لانه لو كان الرد لاجل فسقه
للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد هذه الشهادة
لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى
تقبل شهادته بعد التوبة والصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد
فكذا لا ترد شهادته **قال رحمه الله** الا ان يحد الكافر في قذف ثم
اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها
بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه الا ترى ان المردود
لا يقبل على المسلم وهذه تقبل فترد الاولى لا ترد الثانية بخلاف العبد
اذا حد ثم عتق حيث لم تقبل لانه لم يكن له شهادة على احد وقت الجلد

فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة
البينة على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد
في الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي
في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته
لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد
بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه
اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم
اذا تعلق بحكم بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في
موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان
كان دون ذلك لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تبطل شهادة
القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة
والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط
الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه
انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام
الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله والولد لابويه وجديه
وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا
المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده
ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بينهم متصلة ولهذا لا يجوز

اداء

اداء بعضهم الزكوة الى بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا
تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا في
ماله كيف ما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي
يعد ضرر استاذه ضرر نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام
لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السؤال والمراد منه ان
يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل
يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد
به الاجير مشاهرة لانه اجير فيستوجب الاجر على منافعه فاذا
شهد له في مدة الاجارة كانه شهد له باجر ومالك يخالفنا في قرابة
الاولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي يخالفنا في
الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للنفرة
والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة
ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة
الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا
من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع متصلة ولهذا يعد
احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا
فاغنى اي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الاولاد اولى
وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح
بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهد اخر فقال مكان الحسن او

مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسين فقال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب اهل
الجنة قال سمعت لكن ايت بشاهد اخر المقصة الي اخرها وفيها انه
استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما
يجر شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال
رحمه الله والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من
وجه لاشتراكهما وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة
المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا
لانها شهادة واحدة فلا يتجزى وليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة
قال في النهاية هذا في غير الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة
احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح
لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فلا يدخل في الشركة الا الدراهم
والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب
لاحدهم مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه
ليس بشرط قال رحمه الله والمخنث اي لا تقبل شهادة وهو الذي في
كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي
عرف الناس هو الذي يباشر الردي من الافعال وتليين كلامه عمدا لان
كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله
المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان في كلامه لين

وفي

وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل
مقبول الشهادة واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل
الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا
سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه
العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم
والدنانير لا تبطل الشركة قال رحمه الله والنائحة والمغنية لانه
عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة
اطلقه في المراة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيده به في حق الرجل
لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجال فيما يبين قالوا المراد
بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظور لاجل
الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط
عدالتها قال رحمه الله والعدو ان كانت عداوته دنيوية لان المعاداة
لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه واما اذا كانت
العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل على قوة دينه
وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا
ولم ينته بنهيه وهذا يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين يجمعون على قبول
شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة كانت مانعة لما قبلت
قال رحمه الله ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو
لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا

منه فان شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا
وان شربها كثيرا وانما سقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه ويخرج
سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب
عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو لحق المشروب ليتناول
جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في
الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي خان لا تقبل
شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في
الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني شرب ومن نيته ان
يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا تجوز شهادة مدمن السكر واراد
به السكر سائر انواع الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة
السكر فيشترط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط
الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل
شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما
يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال رحمه الله ولا من يلعب
بالطيور لانه من اللهو ويقال المراد بالطيور وهو ايضا اشد ويورث
الغفلة ايضا وقد قال عليه الصلاة والسلام ما انا من دد ولا الدد
مني ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح فيطير طيره فينظر
الى عورات النسا وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته يستانس به
ويطير فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت

مباح

مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمام من غير نكير الا اذا كان
يجر حمامات الغير مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه
مملوك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله
او يغني للناس لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عن ارتكاب كبيرة
بالمجازفة والكذب وقيد بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان
لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس
ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روي ان ابن مالك دخل عليه اخوه
انس بن مالك وهو يغني وابن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله
عنهم اجمعين وان انشد شعرا فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به
وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز الغنا في العرس
الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا بالنكاح وقد قال عليه الصلاة
والسلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى
ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لا باس ومن المشايخ
من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من
الاقاويل بحمد الله تعالى قال رحمه الله او يرتكب ما يوجب الحد لانه من
الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته
واختلفوا في الكبائر قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في
الحديث المشهور وهي الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف وعقوق
الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد

بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما
ثبتت حرمته بدليل قطعي فهو كبيرة وما استقر عنه فهو صغيرة لقوله
عليه الصلوة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار
وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون
لان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما
يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا
نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها
في القران او في الحديث المشهور يمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور
موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على
ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة
وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما
لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة
قال رحمه الله ويدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام
وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى ابو حنيفة
رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ايها الناس خافوا الحكم ولا تدخلوا
الحمام من غير متزر وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق متحزما بالسراويل
وحده وليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة قال رحمه الله
او يأكل الربا لانه من الكبائر وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك
بالادمان لانه لا يمكن التحرز عنه اي عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف

اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل
في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال رحمه الله او يقامر
بالنرد او الشطرنج او تفوته الصلاة بسببهما لان كل ذلك فسق وكذا
اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكبائر وفي النرد
ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان
نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من لعب
بالنرد ومن يكون ملعونا لا يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد
فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاث
التي ذكرناها آنفا قال رحمه الله او يبول او يأكل على الطريق او
يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون
والعلماء كابي حنيفة واصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور
عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة
بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من يأكل في السوق
بين ايدي الناس وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف
لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انه تقبل شهادة من عرف منهم
بالعدالة ولا تقبل شهادة من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس
قال رحمه الله وتقبل لاخيه وعمه وابويه رضاعا وام امرأته وبنتها
وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي
متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف

شهادته لقرابته ولا دا او لاحد الزوجين للآخر على ما بينا قال
رحمه الله واهل الاهوا الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل
شهادة اهل الاهوا لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد اغلظ
من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق
انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل
على ذلك بل اوقعه فيه التدين الا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب ومنهم
من يجعل منزلة بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب
حذرا عن الخروج عن الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب
قبول شهادته على غير صاحب الهوى هواه عن تاويل ودين فلا يبطل
عدالته به كمن يستبيح المثلث او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله
على قبول شهادته فقال رايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله تعالى عنه ولو شهدوا
بين يدي علي لما يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة
وهوا فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن تاويل
وتدين لم يمتنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته
ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الاهواء ستة
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثنا عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى
ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا للمدعي

اذا

دهم

اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقاد
هذا يمكن شبهة في شهادتهم فلعلها اقدم على الشهادة بهذا
وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد
له بقية شيعته وذكر الاقطع انهم قوم الى ابي الخطاب رجل كان
بالكوفة قتله موسى بن عيسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم ان
عليا بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر قال
رحمه الله والذمي على مثله وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادة
الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانهم فسقة بنص الله تعالى فسقهم
في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد
شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر
غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق اثر الكفر فكيف
تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يودي الى
الزام الحاكم القضا بشهادته ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة
الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كيلا يلزمه شيء
يتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب لان الله
تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال
الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكان
ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد
ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من

كان اهلاً لها لايختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلي ان
اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم علي البعض وان اختلفت لا
تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لاشهادة لاهل ملة علي ملة اخري
الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة علي اهل الملل كلهم ولنا ما
روي انه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما
بالزنا وعن ابي موسي الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه الصلاة
والسلام اجاز شهادة النصاري بعضهم علي بعض وعليه اجماع
وقوله تعالي او آخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني علي
قوله تعالي يا ايها الذين امنوا فهذا نص علي ان شهادة الكافر مقبولة في
وصية المسلم ففي وصية الكافر اولي ثم ان انتساخه في حق المسلم لاجل
ان ولايتهم علي المسلمين انتسخت لا تدل علي انتساخه في حق الكافر
ولاية بعضهم علي بعض لقوله تعالي والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
والمراد بها الولاية دون الموالاة لانه معطوف علي قوله تعالي ما لكم
بقيت ولاية بعضهم علي بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية
لما فيها من اكرام الغير فدل ذلك علي ان الاية غير منسوخة في حقهم
وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان
ابا موسي الاشعري رضي الله عنه امضي شهادة الكافرين في وصية
فيما رواه ابو داود والدارقطني وقالت عائشة رضي الله عنها لجبير
ابن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم قالت فانها اخر سورة نزلت

فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه ثم
احمد فهذا يدل بذلك علي انها ليست بمنسوخة في حق المسلم ايضا والفسق
من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه اشد الامتناع
والكذب محظور في الاديان كلها والرضي يثبت في حق الكافر في حق المعاملات
بصفة الامانة لان الله تعالي وصفهم بذلك ومن اهل الكتاب من ان
تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية مخرج الوصف لهم بالامانة
والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره وانما كان مؤتمنا في
المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق بينه
وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية علي احد كالصبي والشهادة
من باب الولاية والكافر اهل للولاية علي جنسه فيكون اهلاً للشهادة
ايضاً علي جنسه والقاضي لم يلزمه القضا بقول الكافر وانما لزمه
عند قيام الحجة والقضا امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر
للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب وجب
لهم الحق وامتناعهم عن الكذب شاهد والعناد والجحود الذي يحكي الله
عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون في عصرنا
منهم ان يكون عالما بالحق بل الظاهر ان يعتقدوا الكفر حقا لجهله به ولو
علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضاً من لا يعلم الاترى الي قوله تعالي
ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وان هم الا يظنون وقال تعالي
وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلاً للشهادة

لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم
والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعًا الا ترى ان شهادة المسلم
على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولاد لا تقبل
ولغيرهم تقبل فلا يستبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا
هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل كالعبد والصبي ومثل الكفر
كله ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت ...
ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التقول عليه قال رحمه الله والحربي
على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي
والذمي على حالاته لانه من اهل دارنا فكانت شهادته ولا تجوز
شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما
على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع
الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة
والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل منهما دم الآخر وماله
قال رحمه الله ومن الم بصغيرة اذا اجتنبت الكباير واللمم الصغيرة
والالمام الذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكباير
كلها وكانت حسناته اغلب من سياته وقد مضى ذكر الكباير والصغاير
فبقي الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي
الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال
العقل ويعارضه العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لك

حد

حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع
الحقوق وادناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا
في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار
متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل
عن ابي يوسف ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكباير ولا
يكون مصرا على الصغاير ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر
من خطايه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من
كثر منه الخطا والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب
والالمام من غير اصرار ولا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو
معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدي اشتراطه
الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة
وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف قال رحمه الله
والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة
هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه من غير عذر
استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف
بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه
استخفافا بالدين لسنة ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما
لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله

عنهم وطريق معرفة المقادير بالسماع وليس للراي فيه مدخل
وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم من سبع سنين
الي عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع
بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله تعالي عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع لكنه سنة
وهو سنة للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلما انه فرض
لنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة
قال الحلواني رحمه الله كان النسا في زمن اصحاب النبي صلي الله عليه
وسلم يختنن وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذ الذة عند
المواقعة **قال رحمه الله** والخصي وولد الزنا والخنثي لتحقق
منهم لان قطع العضو او زيادته وجناية ابويه لا توجب قدحا
في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثي
اما رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا
فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة
حتي لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم يضم اليه امراة ولا مع النسا بلا رجل
معهن **قال رحمه الله** والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين
ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عن
عامة العلما وقيل هم الامرا وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويوجرون
انفسهم وانما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق

وبعض

وبعض اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم بل كبرا وهم كانوا عمالا
لان العمل عبادة وله الاجر علي ذلك الا اذا كانوا اعوانا علي الظلم
وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا
يتجاسر احد علي استيجاره للشهادة الكاذبة ولمهابته لا يقدم علي
الكذب حفظا للمروة وروي ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة
شهد عند ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الي الخليفة
فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور
فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك
فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا
لانه اذا كان كاذبا لا يبالي بالكذب في مجلسك لا يبالي به في مجلس
ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب
عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وفي
النهاية معزيا الي الجامع الصغير للبزدوي ان من قام بتوزيع
النوائب علي المسلمين بالقسط والعدل كان ماجورا وان كان اصله
مرجعه باطلة ثم قال فعلي هذا تقبل شهادة من قام بالتوزيع
وان كان يجازف وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم
فيما تقدم وبايع الكفن لا تقبل شهادته لانه يتمني كثرة الموت بالطاعون
وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من يبخل

بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله
والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس
لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل
شهادة قنبرا وهو كان عتيق علي رضي الله عنهم قال رحمه الله ولو شهدا
ان اباهما اوصي اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا ان اباهما
وكله بقبض ديونه وادعي الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين
فادعيا ان اباهما اوصي لرجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما
كما تجوز شهادتهما ان اباهما الغايب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه
سوا ادعي الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز الوصية ايضا
وان ادعي وكذا اذا شهد الموصي لهما او وطهما او الغريمان لهما عليه
او عليهما له دين او انه اوصي الي هذا الرجل تجوز الشهادة استحسانا
والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الي الشاهد باقامة من يحفظ
ماله او من يستوفي منه او من يبري ذمته بالتسليم اليه او من يعينه
بالقيام علي الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار كما
مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي نصب الوصي اذا كان
الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة
التعيين وتزكية بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل فيمن
وفيمن يصلح فتعين من تثبت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص لانه
نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها

القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز
استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا
كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الي وصي ثالث فكيف يصح ما
قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم
اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما
بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد علي
قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه لا يملك
القاضي نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة
علي القاضي فتبطل لمعني التهمة وهو جر المنفعة الي الشاهد علي ما
بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا اقام شخصان البينة
ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لا تقبل وان اقر
الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل علي الغايب فلو ثبت
بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين
للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما
يقران علي انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة
وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معني القبول ان يامر
القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لا ان يبرا عن الدين بهذا الاداء
لان استيفا الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما
فلا تقبل في حقهما قال ولا يسمع القاضي الشهادة علي جرح اي علي

جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق
العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يدفع
بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جاز
على ما يبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي
ان يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر اخاك ظالما او مظلوما
لانا نقول لا ضرورة لهذه الشهادة لتمكنه من الاخبار الى القاضي
سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان
الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا
او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه من اثبات حق العبد كقولهما اخذوا
المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق
وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد
او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت
الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا
علي بهذا الباطل وقد شهدوا بذلك علي واقام عليه بينة وطلب
استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي من مالي
الذي كان عنده حتى شهدوا بالزور وطلب استرداده تقبل لان
دعواه صحيحة لما فيها من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل
تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم على كذا من المال على ان لا يشهدوا علي

ولم

ولم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان
يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعي مجرد لانه لم
قبله حقا يمكن القضا به ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها
لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو اقام البينة
على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له
في المدعى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه استاجر الشهود او على
الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة
ان الشهود عبيد او محدودين في قذف لان في العبيد اثبات الحق
وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكموا
فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود
انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الحادثة او على
اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة
وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام
البينة انهم زنوا او وصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم
العهد تقبل شهادتهم فيه يكون غير متقادم لانه لو كان متقادما لا
تقبل لعدم اثبات الحد به لان الشهادة بحد متقادم مردودة وما ذكره
الخصاف في قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة وعلى هذا ما ذكره في
الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل
وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل شهادتهم يحمل الاول على انه

اذا كان منقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او شربوا الخ قال رحمه الله
ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا قوله
اوهمت اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان
يجب عليه ذكره لان الشاهد قد يبتلي بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح
العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد
ما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز ان غره احد الخصمين بالرشوة ثم
قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في
خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على
القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث
بعد الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة
فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة او اسم المدعي والمدعى
عليه او ترك الاشارة الي احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس
بعد ان يكون عدلا مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله
يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد
اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا
يتفاوت بين ان يكون قبل القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر
عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في بعض حدود العقار او في بعض النسب
ثم تذكر ذلك يقبل لانه قد يبتلي به في مجلس القضا فذكره ذلك القضا

ودليل

دليل على صدقه واحتياطه في الامور والله سبحانه وتعالى اعلم باب
الاختلاف في الشهادة قال رحمه الله الشهادة ان وافقت الدعوى
قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة لان
القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الي
احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة واما اليمين وقد وجد تقدم الدعوى
فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما
اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى
فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم
الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها
ليس بشرط لان حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل واحد خصما
في اثباته فصار كان الدعوى موجودة ولانه يقال لما امر باقامتها كان طالبا
لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبهما بالدعوى اذ لا يعرف
القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله ولو ادعى دارا
ارثا او شرا فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينة لانهما بالاكثر مما ادعاه
المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان
الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوايده ولا كذلك في
الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق
متعذر لان الحادث لا يتصور ان يكون قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل
قال رحمه الله وبعكسه لا اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا

فشهدا بملك بسبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا
باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله ويعتبر اتفاق
الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لا يكون الا بحجة وهي شهادة المثنى
فالم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة
باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر
لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى
بطريق الوضع لا بطريق التضمين حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد
شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بخمسة وآخر باربعة
لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة في اللفظ وعندهما يقضي باربعة
وكذا لو شهد احدهما بالف وآخر بالفين والمدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف
المائة والمائتين والطلقة والطلقتين او الثلاث ولهما انهما اتفقا
على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود
الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا
ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا
لما قبلت لان شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا
شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف وخمسمائة
بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شي لان المدعي كذب من يشهد
بالزيادة وشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ
يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف

غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من
اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف
موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان
الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى لو شهد به
احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع
شي وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك
ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى
والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو
ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو
شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف
والخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما
بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما
اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة
والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا يقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد
بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان توفق فيقول كان
اصل حقي كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابرأته عنه فحينئذ تقبل
في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ
دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو ان شهد احدهما على الهبة والاخر على

العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود
ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة
في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكرها ولم يحك فيه خلافا
وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره
في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر
بالفين لم يقبل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يقبل بناء على ان المعتبر عنده
في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين
والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلاث
تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق
على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا لا اذ الواحدة توجد
في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك
ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار في يدها
فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع
الثلاث لانه يتصرف عن ملكه فله ان يوقع اي عدد شاء الا انه لا ينفذ الا
بقدر المحل قال رحمه الله وان شهد الاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي ذلك
قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالف وخمسماية
تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما
لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى
دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد قال رحمه الله

ولو

ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية تقبل بالف ولم يسمع قوله
انه قضاه الا ان يشهد معه اخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل
وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله
قضاه خمسماية مناقضا لشهادته بالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة
معناه ان الداين يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا
يقال ان المدعي كذب شاهد القضاء فينبغي ان لا يقبل كما اذا شهد بالف
وخمسماية والمدعي يدعي الفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما
شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان
اخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما اذا استشهد به
لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية
فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء ان لا دين الا خمسماية في المعنى وهو المعتبر
عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب
ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمسماية ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب
الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضاء فلا تسمع قال رحمه الله وينبغي
ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف كلها
اذا علم انه قضاه منها خمسماية حتى يقر المدعي انه قبض خمسماية كيلا يصير
معينا على الظلم قال رحمه الله ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاها
جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي
عن اصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين

يجوز

انه لاشي له عليه من المال ولو قضي لكان قضا بشهادة الواحد وهو لا
ولان المدعي كذب شاهدا لقضا والاشبه ان يكون قول ابي يوسف رحمه الله
على ما ذكرنا في المسئلة اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشا
شهد بقضا كل الدين في هذه وفي الاولى بقضا البعض والجواب ما ذكرنا
في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشرا
والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراة والكفالة
والحوالة والقذف يقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل
والنكاح لا يقبل والاصل ان المشهود به اذا كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف
الشاهدين فيه في الزمان او المكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد
ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه شرط
كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان
او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان
اخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف
شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا يقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما
ان كان انشا فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشا
والاخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشا ان يقول له يا زاني او انت زان
ان تقول قد قذفته بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل ان يكون احدهما
سمع الانشا والاخر سمع الاقرار به وثبت عنده قذفه فهما شاهدان به قال
رحمه الله ولو شهدا انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخر انه قتله بمصر ردتا

يعني

يعني طايفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم
على نحو ما ذكره ترد الطايفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما
باولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد
لا يتكرر لان الاول حركات المرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات
اخر غير الاول يحدثه الله في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن
حتى يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور وكذا
في الزمان والالة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله ولو
شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب
يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما
سرق بقرة بيضا وقال الاخر بقرة سودا تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف
ما اذا قال احدهما سرق ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا في لون البقرة
في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضا
غير السودا فكانا سرقتين مختلفتين ولم على فعل واحد نصاب الشهادة
فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في
الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهة والثابت
بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما
في ثياب السرقة الا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما

قوله انثى او اختلفا [illegible]
من الصفحة الثانية [illegible]
[illegible]

بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتي يعلم انها
بلغت نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غا
ويكون التحمل فيها ممكن فيتشابه عليهما اللونان ويجتمعان في بقرة
واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والاخر اسود فيشهد كل بما راي
او بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان
في بقرة واحدة قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشتري عبد فلان
بالف وشهد اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة لان المقصود اثبات
السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية فاختلف
المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب علي واحد منهما ولان
المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين
ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا ان المقصود اثبات
السبب علي معني انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم
هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن هو
مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ
لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي
رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن انتهي واختلفا
في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة
ايضا لان البقرة السوداء غير البيضاء فكانا سرقتين مختلفتين

بلغ هنا

ولم

ولم يتم علي واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما
في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل اولي
لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة
حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الي اثبات الوصف فصار
كاختلافهما في ثياب السارق الا تري انهما لو سكتا عن بيان اللون
جازت شهادتهما وبخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة
حتي يعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في
الليالي غالبا ويكون التحمل فيهما من بعيد فيتشابه عليهما اللونان
او يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف علي تلك الصفة يكون
بالقرب فلا تشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في واحد
منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان
الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا تشتبه عليه الحال
فتكون الشهادة علي تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه
فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا
لايجابه قلنا القطع لا يضاف الي اثبات الوصف لانهما لم يكلفا
نقله علي ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نقل الموجب لا في غيره
فان قيل علي هذا انكون البقرة المسروقة بلقا والمشهود بسرقتها
اما سودا او بيضا ولم يقل واحد منهما انها بلقا فتكون غيرها.

قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يميز فلا لانه
في عنده على ذلك اللون فسماها بيضا او سودا بنا على ما شاهد من
موضعه وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد
بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سودا او بيضا لا تقبل شهادتهما
بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين
كالسواد والحمرة واما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا
تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا
الخلاف فيما اذا اختلفا في لون فقال احدهما هروي وقال الاخر
مروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من
قبل قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد
اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب وهو
العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية فاختلف المشهود به
لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب
احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون
المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود اثبات السبب
على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود
حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم
لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا
لسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل

لان

لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف
وخمسماية بان يشتريه بالف ثم يزيده عليه خمسماية فقد اتفقا
على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه بالف
درهم وشهد الاخر انه اشتراه بماية دينار بطلت لعدم امكان التوفيق
لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بماية دينار
قال رحمه الله وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا في مقدار البدل
فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا
اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده
وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعي هو المولى فكذلك
لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا
لان البدل في ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند اداء المال
فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده
اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى لا يفيد تبيينه لان العقد
غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع ما اذا
كانت المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال
فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع وخلاف دعوى الدين
لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون
ما انفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره
فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام

نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان
كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد
والقاتل العقد دون المال لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان
المدعي هو المولى ولم يثبت العفو والعتق باقرارهما فتكون دعوى الدين
فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
اذا كان المدعي هو المرتهن فهو كذلك دعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا
وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه
الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شاء فلا
فائدة في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق
عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الراهن انه رهنه الفا
وخمسماية وادعى انه قبضه ثم اخذ الراهن فطلب الاسترداد منه
وان اقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية يثبت اقلهما
وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهو نظير
البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان البيع بعد
المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر
وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي
وكذا في جميع هذه الصور كما في الدين قال رحمه الله فاما النكاح
فيصح بالف يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
من الزوج او من المراة وسوا ادعى الاقل او الاكثر وقال ابو يوسف ومحمد

رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضي بشي لان المقصود من الجانبين
اثبات السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسماية فتبطل الشهادة
كما في البيع سوا كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية لا مستلزم ثبوت
النكاح باقرار احدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد
حيث تكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه
باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فتبقى دعوى المال
المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد
تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية
ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه
وقيامه تارة يكون حالة الابتدا وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم
من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في
حالة البقا ولا يتصور وجود العقد في حالة البقا والبينة على التسمية
في حال يستحيل العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة
فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا
عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقا
النكاح فيثبت بهذه التسمية وبقا النكاح لا غير ولان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل و
لا يبطل ببقيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي
العقد سالما عن الاختلاط فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال

يقضي بالاقل كما في الدين قال رحمه الله وملك المورث لم يقض لوارثه
بلا جرّ الا ان يشهدا بملكه او يده او يد مستعير وقت الموت يعني
اذا اثبت شيئا انه ملك المورث بان ادعى الوارث عينا في يد انسان انها
ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضي له
حتى يجرا الميراث فيقولان مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت
لابيه يوم موته او كانت في يده او يد من يقوم مقامه من المستعير
وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها
ميراثا له او يقولا وكلن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان جرا
لانه اثبت اوان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة
فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده
ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم
لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
اذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف
اثبات اليد في ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات من يقوم مقامه
كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثباتا ليده
فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفي به عنه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط
بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت
وهو بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب

ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك
الوارث غير ملك المورث مستمرا لهذا الوقت لا ملكا اخر غيره كما في
اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه
ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها
من فلان غير ذي اليد واقام البينة على الشراء منه وانكر ذو اليد انها
ملك البائع واقام المشتري البينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضي
له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبائع من وقت البيع هذا
لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغنائه البقاء عن دليل
ولهما ان ملك الوارث متجدد ويثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا ترى
انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية
وحل وطئها لو كانت حراما بان كانت موطوءة ابن الميت او موطوءة ابي
الوارث على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني كل صدقة وصلت
من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات
النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان
بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان على
ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الورثة لم يكن
ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال
الا ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها
وان كان يدفع دعوى غيره لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كا

كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقا
ما كان علي ما كان وهو حجة فيه علي ما بينا وبخلاف ما اذا اقام
البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان
مالكها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الي المشتري الثابت
بالبينة لا الي استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لان الشراء سبب
موضوع للملك حتي لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا به
واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الي كون المال ملك
المورث وقت الموت لا الي الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك
بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا
تري ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك
فانت حر لا يصح ولو كان سببا للملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان
اشتريتك فانت حر **قال رحمه الله** ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت
اي اذا شهد شاهدان ان هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر
وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل
كما اذا شهدا انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متي ثبت يبقي
الي ان يوجد ما يزيله فكذا اليد ولكن صار كما اذا شهدا بالاخذ من
المدعي وبالاقرار منه باليد له ولهما ان الشهادة قامت بمجهول
لان اليد منقضية وهي متنوعة الي ملك وامانة وضمان فلا

يحسن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف
الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله
عليه الصلاة والسلام علي اليد ما اخذت حتي ترد وكذا الاقرار باليد
معلوم علي ما يجي بيانه ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود
به فلا يعارض المحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب
غلبة الظن فكان اكثر بيانا **قال رحمه الله** ولو اقر المدعي عليه بذلك
او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الي المدعي اي اقر
المدعي عليه باليد للمدعي او شهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ اشهر ودفع ذلك الي المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة
به وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار الا تري انه لو قال لفلان
علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله سبحانه
وتعالي اعلم بالصواب **باب الشهادة علي الشهادة** قال
رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان علي شهادة
شاهدين اي تجوز الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان علي شهادة كل
واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة
عبادة بدنية وجبت علي شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل
انه لا تجوز الخصومة فيها ولا الاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة
ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول
وفي الفروع وفيها شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الي الفروع الا

عندا لعجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد
الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت اومرض او بعد مسافة فلو لم تجز
الشهادة علي الشهادة ادي الي اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة علي
شهادة الفروع وعلي شهادة فروع الفروع الي غير نهاية فصار ككتاب
القاضي الي القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص
لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة علي ما ذكرنا فلا يثبتان كما لا يثبتان
بشهادة النسا لما فيها من شبهة البدلية بل اولي لانه في الشهادة علي الشهادة
حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في
الوقف والصحيح انها تجوز فيه احتيالا له وصونا عن اندراسه وقوله ان شهد
رجلان علي شهادة شاهدين يعني ان شهد علي كل واحد من الشاهدين
رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من
تمام النصاب علي كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط
تغاير الفروع حتي لو اشهد احدهما علي شهادته رجلين واشهد هما
الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز حتي يشهد علي كل واحد منهما
رجلان غير الذي اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قايمان مقام
رجل لا تتم الحجة للقضا بهما كالمراتين لما قامت شهادتهما ولان الفرع
لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد ان يشهد علي تلك الشهادة
علي غيره الا تري ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد
صاحبه علي شهادته مع رجل اخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة

الواحد علي شهادة الواحد لان الفرع قايم مقام الاصل معبر عنه
بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الي مجلس القاضي فكانه حضر وشهد
بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد
مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز علي شهادة رجل الا شهادة
رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازا كل واحد من الاصلين
حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها
ملزمة للقاضي القضا فلا بد من النصاب فاذا تم وشهد علي شهادة
احدهما جاز ان يشهدا علي الاخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا
علي قضيات كثيرة بخلاف امراتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر
العلة لم يثبت به شي لان المراتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد احد
الاصلين علي صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا
فلا يتقيد باستشهاد صاحبه اياه ولان معني الاصالة يقتضي
مشاهدة الحق ومعني الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا
يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد
بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق
نصفه ولو جازت شهادته علي شهادة صاحبه لا يثبت شهادة ثلاثة
ارباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان
يشهدا مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا
لم نجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا علي الذي شهد معهما بل عن الذي

ده
لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشها
رجل وامراتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته
رجلا لان للمراة ايضا ان يشهد على شهادتها رجلان او رجل وامراتان
ويجوز ان يشهد على شهادة كل امراة نصاب الشهادة على ما بينا **وقال**
ولا تقبل شهادة واحد اي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد
بيناه وبينا الخلاف **قال** والاشهاد ان يقول اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذه صفة الاشهاد ولا بد منه او
ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد
من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
ذلك بما ذكرها ويقول له عند التحميل اشهدني على نفسه ان شاء وليس
بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال
اشهد اني سمعت ان فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي
بذلك او قال اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي
بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد علي بذلك لانه لفظ
محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون
امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان
يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب **قال**
رحمه الله واداء الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذه صفة

آدا

اداء الفرع عند الحاكم لانه يحتاج الى ذكر شهادة الاصل وشهادته وذكر
التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ اطول منه واقصر كلا طرفي الامور
ذميم واوسطها صميم فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته انه شهد ان فلانا ابن فلان اقر عنده واشهده على نفسه
ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني
ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد
على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكر في المتن فيه خمس
شينات والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته ان
لفلان على فلان كذا وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع
شينات او يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين
لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر
وشمس الائمة السرخسي رحمهم الله وهو اسهل وايسر واقصر وروي ان الفقيه
ابا جعفر رحمه الله كان يخالفه فيه علماء عصره فاخرج لهم الرواية من
السير فانقادوا له رحمه الله **قال رحمه الله** ولا شهادة للفرع الا
بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز
يتحقق بهذه الاشيا والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم
لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا مات جاز له ان يحمل
غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر القاضي
بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ

للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عند
ظاهر الاثري انه تتعلق به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم
وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير محرم
اوزوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز
الاشهاد احيا لحقوق الناس والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما
في ساير الاحكام والثاني وهو ما روى عن ابي يوسف ارفق لان احياء
الحقوق واجب ما امكن والشاهد ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج
وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا
للحرج عنه واحيا لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية
وروي عن محمد رحمه الله تعالى انها تجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه
اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية
اخري من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة
السرخسي والقاضي الامام علي السعدي في شرح ادب القاضي للخصاف
رحمهم الله اذا اشهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر
يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز بناء على ان التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البيان ان المدعى
عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في
الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله فان عدلهم الفروع صح لانه

لان الفروع من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا
عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته
على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف تتهم
به وشهادته لم ترد شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه وان اتفق
الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل
تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال
رحمه الله والا عدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير
الفروع عن الاصول لان الماخوذ عن الفروع النقل دون التعديل
ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما
اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون
عدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الاصول والفروع بالعدالة
قضى بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر سال عن
الذين لم يعرفهم فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز قال وقال
في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل
الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع
للقاضي لا نعرف حالهم ولا نخبرك بحالهم قال رحمه الله وتبطل شهادة
الفرع بانكار الاصل الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل
لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم

لم تقبل شهادتهم لان التحمل شرط ولم يثبت للمعارض بين خبر الاصول
وبين خبر الفروع لان الاصول يحتملان يكونوا صادقين بذلك فلا
يثبت التحمل مع الاحتمال **قال رحمه الله** ولو شهدوا على شهادة رجلين
فلان على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها
فجا بامراة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها
فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان
تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلا بد من اثبات
تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ابيع محدود بذكر حدوده
من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من اخرين يشهدان
ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعي عليه ليصح القضا به وكذا
اذا انكر المدعا عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في
يده فلا بد من شاهدين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده **قال رحمه الله** وكتاب القاضي الى القاضي معناه ان
القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا
من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي
المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد
من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في
الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لا
ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين

علي

على كل اصل لما بينا **قال** ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها
الى فخذها اي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب
القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى
فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة
الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى
الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة
ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية
وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية
الفصيلة اخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر
والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل
خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ
والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه
والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسبة
الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه
والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاوزجندية
خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم
التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد فذكر الفخذ او
الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد **قال رحمه الله**
ومن اقرانه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقالا يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي انفصل بشهادة
القضا اولم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس
فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة
لقوله عليه الصلاة والسلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك
بالله تعالى ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا
قول الزور وساله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام
الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق وقول الزور
فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في
كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب
شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان
سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون
ويقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وان كان تابعيا
الا انه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى
قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم
حتى روي عن ابي حنيفة انه تقلدهم وعدهم فقال مثل مسروق
والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون
في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم

وقولهم

وقولهم لا سيما شريح فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه ومن
بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو
بمحضر منهم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة وما روي عن عمر
رضي الله عنه كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبيد
في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع وكذا لم ينقلوا
بنهيه عليه الصلاة والسلام عن المثلة ولو في الكلب العقور
ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع
فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر
عندهما ايضا وقال الامام ملك الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله
وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان رجع على سبيل التوبة
والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان رجع من غير توبة وهو
مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه
باي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد
زورا يصرح بانه انما يجب التشهير او التعزير على الاختلاف الذي
ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال
او نسيت او اخطات او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة
والدعوى او بين شهادتين فانه لا يعزر فانا لا ندري من هو الكاذب
الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي
والبينة حجة ومتهمة في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب

عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهد وا بقتل شخص
او موته ثم جا المشهود بموته او قتله حيا لتيقننا بكذبهم والرجا
والنساء والرجال واهل الذمة في شاهد الزور سوا وهل تقبل
شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان
الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه
تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره
بعضهم بستة اشهر وعلله بعضهم بسنة والصحيح انه مفوض
الى راي القاضي فان كان عدلاً او مستوراً لا تقبل شهادته ابداً
لان القاضي عدالته لا تعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن
ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتى فتلخص لنا من جميع
ما ذكرنا في هذا الكتاب أن الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها
انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعجب واما معنى في المشهود
له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة في وقوى في
حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن
الاتيان باربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهدا
فاولئك عند الله هم الكاذبون والله سبحانه وتعالى أعلم

وهذا اخر تكملة الجز الثالث من الزيلعي
شرح الكنز وذلك في يوم السبت
١٥ شهر جماد الاخر من شهور
سنة ست وخمسين
ومائة
والف

عدد الاوراق
١٨٨ ورقة
عدد الاسطر
١٩ سطر